Die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft.

Dr. jur. **Helmut Ellerholz.**

1915

Die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Helmut Ellerholz,
Kammergerichtsreferendar.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Druck von E. Meyer & Co. (A. Löbe),
Berlin-Steglitz, Schloßstr. 93.

Gutachter: Professor Dr. Martin Wolff.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Hauptteil.

Seite

§ 1. Geschichtliches 7
§ 2. Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft im allgemeinen 10
§ 3. Die Lehre von der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person 11
Vorbemerkung 11
A. Völkerrechtliches 12
B. Prozessuale Gesichtspunkte 14
1. Parteifähigkeit 14
2. Gerichtsstand 17
3. Streitgenossenschaft 17
4. Zeugenschaft der Gesellschafter 18
5. Parteieid 21
6. Richtlicher- und Offenbarungseid 21
7. Rechtskraft 21
8. Zwangsvollstreckung 23
9. Prozeßlage bei Beendigung der offenen Handelsgesellschaft 25
C. Konkursrechtliches 26
§ 4. Die herrschende Lehre 28
§ 5. Das Gesellschaftvermögen nach Begriff und Wesen 29
§ 6. Die Rechte der Gesellschafter an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen 32
§ 7. Die Rechte des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen als Ganzem 34
a. Allgemeines 34
b. Die Quotenfrage 36
§ 8. Ergebnis hinsichtlich der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft 37

Zweiter Hauptteil.

§ 9. Die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft im allgemeinen . 40
§ 10. Das Erfordernis der Übertragung der zum Geschäft gehörenden Gegenstände 41
§ 11. Die Natur des Rechtserwerbs (ipso iure) 47
§ 12. Anwachsung als Rechtsnachfolge 51
§ 13. Übertragbare und unübertragbare Rechte 54
§ 14. Zeitpunkt des Geschäftsübergangs 56
§ 15. Anwendbarkeit des § 142 HGB. bei vereinbarter Geschäftsübernahme 60

Erster Hauptteil.

§ 1.

Geschichtliches.

Im Allgemeinen Landrecht hat das Recht der Erwerbsgesellschaften eine verhältnismäßig ausführliche Regelung gefunden. (Teil I Tit. 17 § 169—310). Während nach Art. 85 des Allgemeinen Handelsgesetzbuchs Handelsgesellschaften formlos errichtet werden können, verlangte das ALR. entsprechend seiner allgemeinen Tendenz strengste Formenwahrung. Es unterschied eine allgemeine und eine besondere Erwerbsgesellschaft, und verlangte für die allgemeine Erwerbsgesellschaft gerichtliche Beurkundung des Gesellschaftsvertrages; für die besondere Erwerbsgesellschaft wenigstens die einfache Schriftform (178, 179 u. § 170 h. t.).

Von Interesse ist auch, welche Stellung das ALR. zur Gesamthandfrage und zur zweigliedrigen Gesellschaft einnahm. Das ALR. hat den Fall der zweigliedrigen Gesellschaft nicht ausdrücklich vorgesehen. Sein Gedankengang ist vielmehr der: Bei jeder Gesellschaft, also ohne Rücksicht auf die Zahl der Mitglieder, kann es vorkommen. daß „der Geschäftsbetrieb hauptsächlich auf der Einsicht und der Tätigkeit des Ausscheidenden beruhte.[1])“ In diesem Fall konnten auch die übrigen Gesellschafter ausscheiden. Taten sie das nicht (den entsprechenden Willen mußten sie „bei Zeiten“ erklären), so bestand die Gesellschaft weiter. Eingehend ist geregelt, wie

[1]) Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 2. Bd. 3. Aufl. Berlin 1873 § 143, S. 350.

es sich mit der Weiterhaftung des Ausgeschiedenen verhält, soweit noch Geschäfte in der Schwebe oder beschlossen sind. Im strikten Gegensatz zum römischen Recht läßt das ALR. durch das Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht endigen.

Die Rechtsnatur der Handelsgesellschaften im preußischen Landrecht war höchst umstritten. Während in dem französischen Code de commerce ausdrücklich gesagt ist, daß die Gesellschaft ein être moral sei, ist es für das ALR bis zuletzt strittig geblieben, ob eine societas oder universitas vorliegt.

Das ALR. selbst spricht sich darüber nicht aus.

Es soll hier ein kurzer Rückblick auf das Gesellschaftsrecht des ALR. folgen, soweit dies für unsere Zwecke interessiert.

Die schon erwähnten Vorschriften des ALR. sollen gemäß § 184 h. t. auch für Gelegenheitsgesellschaften gelten. Für Handelsgesellschaften ist jedoch in § 185 bestimmt: „Wenn aber eine eigentliche Societätshandlung unter einer gemeinschaftlichen Firma errichtet werden soll, so ist ein solches Geschäft nach den im Kaufmannsrecht darüber erteilten näheren Vorschriften zu beurteilen." Das „Kaufmannsrecht" ist geregelt in Teil II Tit. 8 Abschn. 7 §§ 475—712. Das kaufmännische Gesellschaftsrecht im besonderen ist in den §§ 614—683 l. c. behandelt.

Alle diese Bestimmungen enthalten besondere Vorschriften über die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft nicht. Doch läßt sich aus ihnen einiges ableiten.

So heißt es in § 216 Teil 1 Titel 1: „Kein Gesellschafter kann den übrigen an seiner Statt einen Fremden zum Mitgliede aufdringen." Daraus folgt, daß eine zweigliedrige offene Handelsgesellschaft aufhört, eine solche zu sein, wenn ein Gesellschafter seinen Anteil einem Dritten (in der erkennbaren Absicht, selbst nicht mehr Mitglied sein zu wollen) abtritt, was gemäß § 217 ff. a. a. O. zulässig ist; denn, indem der zweite Gesellschafter seiner Handlung oder Erklärung gemäß aufhört, Gesellschafter zu sein, der Zessionar aber nicht (ohne den Willen des verbleibenden Gesellschafters) Gesellschafter werden darf, muß, da nur ein Individuum als Gesellschafter übrig bleibt, die Gesellschaft tatsächlich zu existieren aufhören.

In diesen Zusammenhang gehört auch noch die Liquidationsbestimmung des § 579 Teil II Titel 8: „Ensteht ein Streit darüber, welcher von den gewesenen Gesellschaftern die bisherige Firma behalten solle, so muß dieselbe demjenigen zugeeignet werden, welcher den darin enthaltenen Hauptnamen zu führen berechtigt ist.“ Ist diese Vorschrift nicht anwendbar, so darf der geschäftsälteste Sozius die Firma behalten (§ 680), und, wenn auch danach die Frage nicht bestimmt werden kann, entscheidet das Loos (§ 681). Die Vorschrift des § 679 wird regelmässig dann nicht anwendbar sein, wenn es sich bei einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft um eine Doppelfirma (z. B. Müller & Schulze) handelt, denn hier kann von einem Hauptnamen nicht gesprochen werden.

In ähnlicher Weise lassen sich aus positiven Regeln per argumentum e contrario vielfach nur für die zweigliedrige Gesellschaft in Betracht kommende Normen ableiten, die im Gesetz selbst nicht aufgestellt sind, aber der ratio legis entsprechen.

Die preußische Praxis hatte sich öfter mit der Frage zu beschäftigen, ob § 169 ff. Teil I Tit. 17 auch gerade für die zweigliedrige Gesellschaft gelte. Diese Frage ist durchweg bejaht worden.[1]) Mit Recht; denn da die offene Handelsgesellschaft, die aus zwei Mitgliedern besteht, in ihrer Rechtsnatur nicht von der mehrgliedrigen abweicht, so besteht kein Grund, die allgemeinen Vorschriften für die Gesellschaft gerade auf die zweigliedrige für unanwendbar zu erklären.

Sonst läßt sich im allgemeinen nur sagen, daß die kasuitischen Vorschriften des ALR. wie auf anderen Gebieten, so auch auf dem unsrigen, wenig Anlaß und Gelegenheit zu einer fruchtbaren Entfaltung von Rechtssätzen gegeben haben.

Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch enthält gleich dem preußischen Landrecht keinerlei einschlägige Spezialvorschriften. Doch sind bei ihm die vorhandenen Bestimmungen mutatis mutandis auch auf die zweigliedrige Gesellschaftsform anwendbar oder der Natur der Sache nach

[1]) Die eingehendste Begründung dieser Auffassung findet sich in einer Entscheidung des Obertribunals, die in Gruchots Beiträgen, Bd. 19, S. 566 Nr. 39 abgedruckt ist. Vergleiche auch ein Urteil des Reichsgerichts in der Zeitschrift für Preußisches Recht, Bd. 1, Seite 215.

nicht anwendbar. Im einzelnen soll an dieser Stelle nicht darauf eingegangen werden, weil die entsprechenden Bestimmungen des alten Handelsgesetzbuchs sich vielfach mit denen des geltenden decken, sodaß auf sie weiter unten zurückzukommen ist.

§ 2.

Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft im allgemeinen.

Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft ist zu erschließen aus ihren Wirkungen nach außen und aus einigen Regeln, die sich mit dem Verhältnis der Beteiligten untereinander und zum Vermögen der Gesellschaft befassen. Das BGB. hat den Versuch gemacht, die aus dem gemeinen Recht bekannten Streitfragen aus der Welt zu schaffen, aber nicht alle Schriftsteller sind überzeugt, daß dies in eindeutiger Weise geschehen sei. Für das HGB. gilt dasselbe.

Die wesentlichste Streitfrage ist die, ob die offene Handelsgesellschaft juristische Person ist. Ihre Lösung ist insofern für die Auslegung des § 142 HGB. von großer Wichtigkeit, als bei der Annahme der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person die Streitfragen, wie sich der Vermögensübergang vollziehen würde, aus der Welt geschafft würden. Hinsichtlich der societas schlechthin hat gerade über die Frage nach der Rechtsnatur im gemeinen Recht kein nennenswerter Streit geherrscht. Für die offene Handelsgesellschaft jedoch war die Frage höchst umstritten.[1])

Windscheid[2]) ist der Ansicht, daß bei der offenen Handelsgesellschaft eine Neigung zur Ausbildung als selbstän-

[1]) Die genaueste Literaturzusammenstellung der Anhänger und Gegner dieser Auffassung findet sich bei Gierke, Genossenschaftstheorie, 1887, S. 48. Ferner finden sich ausführliche Nachweise bei Thöl, Handelsrecht, Bd. 1, 1882 § 120 Anm. 24, und bei Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1895 B 81.

[2]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl. 1906, Anm. 2 zu § 407, S. 787.

dige Rechtspersönlichkeit sich nicht verkennen lasse. Er weist darauf hin, daß dies schon vor Schaffung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs vielfach angenommen worden ist, und daß in diesem Gesetz selbst die Art. 111, 113, 119–122 und 143 dafür sprechen. Er sagt dann weiter: „Auch ich möchte glauben, daß die Schwierigkeiten, welche diese Bestimmungen machen, wenn man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht annimmt, größer sind als die einer solchen Annahme entgegenstehenden.“ Die eingehendste Widerlegung hat Winscheid in diesem Punkte durch Laband[1]) erfahren. Auch Dernburg[2]) hat sich gegen Windscheid erklärt.

Auf die Einzelheiten der gemeinrechtlichen Kontroverse einzugehen, ist hier um so weniger angezeigt, als sie nichts für die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft förderliches bietet.

Auf den ersten Blick scheint es, daß die Frage nach der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft angesichts der übereinstimmenden Judikatur und im Hinblick auf die gesetzliche Regelung nur geringe Bedeutung hat. Doch läßt es sich aus den oben erwähnten Gründen nicht umgehen, hier zu dem Problem, ob die offene Handelsgesellschaft Körperschaftscharakter hat oder Nur-Gesellschaft ist, Stellung zu nehmen.

§ 3.

Vorbemerkung.

Die Lehre von der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person.

Diese Lehre, die sagt, daß die offene Handelsgesellschaft ein Gebilde sei, dem die Rechtsordnung Persönlichkeit verliehen habe, sodaß es Träger von Rechten und Pflichten sein

[1]) Laband, Zeitschrift f. Handelsrecht, Bd. 30, S. 469 ff.

[2]) Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl. 1892 § 61, S. 145, sagt von den offenen Handelsgesellschaften: „Dieselben sind keineswegs, wie manche behaupten, juristische Personen, sondern Gesellschaften.“

kann, ist heute die Lehre der Minderheit.[1]) Sie stützt sich auf mehrere Erscheinungen. Zunächst auf die Tatsache, daß Grundstücke nur unter dem Namen der Gesellschaft eingetragen werden dürfen, auf die Erscheinung eines besonderen Konkurses für die offene Handelsgesellschaft; ferner auch auf die Vollstreckungsvorschrift des § 129 Abs. 4 HGB.

A. Völkerrechtliches.

Seinen lebhaftesten Verteidiger hat der Körperschaftsgedanke von jeher bis auf die neueste Zeit in Kohler gefunden. Als völlig neues Argument hat er einen völkerrechtlichen Gesichtspunkt in die Diskussion geworfen. Er sagt:[2]) Wenn ein Staat seine Schulden zwangsweise herabsetzt, so zwingt dieser Beschluß nur Inländer.[3]) Ist die offene Handelsgesellschaft juristische Person, dann gestaltet sich die Lösung einfach: Untersteht sie wohnsitzlich[4]) dem akkordierenden Staat, dann wird sie von der Zwangsreduktion der Schulden getroffen. Ihre Forderung an den Staat vermindert sich entsprechend. Hält man die offene Handelsgesellschaft nicht für eine juristische Person, so ergeben sich Schwierigkeiten, wenn die Gesellschafter teils Inländer, teils Ausländer sind. Kohler

---

[1]) Affolter, Die offene Handelsgesellschaft, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 5, S. 1—11; Eccius, Die offene Handelsgesellschaft als Prozeßpartei, Z. f. Handelsrecht. Bd. 32, S. 1—18; Kohler, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 74, S. 456--461. Kohler, Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 49, S. 229—261; Ders., Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1912 § 39, S. 89; Ders., Substanzrecht und Wertrecht, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 155 ff.

[2]) Vgl. die S. 27 angegebenen Schriften.

[3]) Kohler erwähnt allerdings nicht, daß auch diese völkerrechtliche Frage höchst umstritten ist. Wir stehen zwar auf dem gleichen Standpunkt in der völkerrechtlichen Frage wie er, man muß sich aber trotzdem im klaren darüber sein, daß unser handelsrechtliches „Problem" aufhört, ein solches zu sein, wenn man die gegenteilige Auffassung vertritt, für die gute Gründe sprechen. Denn man kann das Vorgehen der Signatarmächte gegen die Türkei z. Zt. ihres finanziellen Darniederliegens (Schaffung der Dette ottomane) angesichts der dortigen besonderen Verhältnisse keineswegs ohne weiteres verallgemeinern.

[4]) Wohnsitz ist auch hier der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird.

meint nun, solange man ihm keinen gangbaren Weg zeige, diesen Konflikt vom gesellschaftsrechtlichen Standpunkt zu lösen, müsse seine Auffassung schon lediglich deshalb richtig sein, Lehmann habe mit seiner gegenteiligen Ansicht nicht das richtige getroffen, „denn auch das deutsche Recht müsse so gestaltet sein, daß eine zureichende Lösung völkerrechtlicher Probleme möglich ist.[1])

Zieht man die allgemeinen Konsequenzen aus dieser Auffassung Kohlers, namentlich aus dem letzten Satz, so heißt das: das Privatrecht muß so gestaltet sein, daß öffentlichrechtliche Probleme damit befriedigend zu lösen sind. Dieser Satz, der weder völkerrechtlich kodifiziert, noch in der Wissenschaft anerkannt ist, gilt aber nicht. Und genau dasselbe, was Kohler hinsichtlich § 2 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit sagt (es ist dort ausdrücklich bestimmt, daß offene Handelsgesellschaften in den Schutzgebieten der deutschen Gerichtsbarkeit unterstehen, daß aber der Reichskanzler Ausnahmen von dieser Regel zulassen kann), nämlich daß die dem Reichskanzler — aus politischen Gründen - übertragenen Ausnahmebewilligungsrechte die Regel bestätigen,[2]) genau dasselbe läßt sich mutatis mutandis sehr gut vom Verhältnis der offenen Handelsgesellschaft zum Völkerrecht sagen.

In diesem Zusammenhange sei erwähnt, daß außer im Völkerrecht auch auf anderen Gebieten des öffentlichen Rechts die o. H. nicht als Körperschaft angesehen wird. Steuerrechtlich z. B. gilt die offene Handelsgesellschaft gleichfalls nicht als juristische Person,[3]) wiewohl dies im höchsten Interesse des Fiskus läge, indem er nach steuerrechtlichen Grundsätzen dann einmal die Körperschaft und dann die Mitglieder selbständig besteuern könnte.

Aehnlich liegt das andere von Kohler[4]) herangezogene völkerrechtliche Beispiel: Wenn bei einem Kriege zwischen England und Deutschland eine in Deutschland angesessene offene

---

[1]) Kohler im Arch. für bürgerl. Recht Bd, 41, S, 231.

[2]) Kohler, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 41, S. 232.

[3]) Vgl. Fuisting- Strutz, Die direkten Steuern in Preußen, Bd. 1 und die dort zitierten Entscheidungen des OVG.

[4]) Kohler, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 74, S. 459/460.

Handelsgesellschaft — Gesellschafter sind 2 Engländer und 1 Deutscher — ihre Waren nach Amerika verschickt, und ein englischer Kreuzer das Prisenrecht ausüben möchte, kapert er dann deutsche oder englische Ware. Oder ist $^2/_3$ der Ware englisch und unterliegt als solche dem Seebeuterecht nicht, während $^1/_3$ als deutsche Ware verfallen ist?

Auf den ersten Blick erscheint diese Frage allerdings sehr schwierig. Ein praktischer Ausweg aber wäre z. B. der, daß man den geschädigten Volksgenossen pro rata seines Anteils an der feindlichen Gesellschaft in Geld entschädigt.

Das sind jedoch Schwierigkeiten und Mißlichkeiten, die sich nicht aus der Frage: Körperschaft oder Gesellschaft? ergeben, sondern die im Wesen des veralteten Prisenrechts und in den Eigentümlichkeiten des Seekriegs begründet liegen.

K. Lehmann[1]) hat vollkommen recht, daß die Lösung der einschlägigen völkerrechtlichen Fragen nicht für die privatrechtliche Struktur der offenen Handelsgesellschaft des einzelnen Staates maßgebend sein kann.

B. Prozessuale Gesichtspunkte.

Sodann sind es einige Prozessprobleme, die man zur Stütze der Ansicht vom Körperschaftscharakter der offenen Handelsgesellschaft herangezogen hat. In der neueren Prozeßliteratur sind die die offene Handelsgesellschaft betreffenden Prozeßfragen zerstreut und an den jeweilig einschlagenden Stellen behandelt. Eine Zusammenfassung unter eingehender Begründung seines eigenen Standpunkts hat neuestens Jaeger gegeben.[2]) Die wesentlichsten Fragen sollen im folgenden kurz zusammengefaßt werden.

1. Parteifähigkeit. Die offene Handelsgesellschaft ist, wie sich Hellwig[3]) ausdrückt, kraft positiven Rechts parteifähig, „ohne juristische Person zu sein“ (§§ 17, 171 ZPO.,

[1]) Lehmann in seiner „Entgegnung“ Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 74, S. 464 ff.

[2]) Jaeger, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozesse. Leipzig 1915.

[3]) Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1012, § 69, S. 152.

§ 124 HGB.). Die offene Handelsgesellschaft ist „als solche nach ausdrücklicher Bestimmung der angeführten Gesetze als parteifähig anerkannt." Gerade hier nun setzt Jaeger mit einer Beweisführung ein, die wegen ihres Zusammenhanges mit der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft wörtlich wiedergegeben werden soll. „Wenn Brüder das vom Vater ererbte Handelsgeschäft gemeinsam fortführen, wenn der Kaufmann seinen Sohn als Teilhaber aufnimmt, erscheinen bei ungezwungener Betrachtungsweise und gewiß auch nach der Auffassung des Verkehrs die Gemeinschaftsgenossen selber als Träger der im Gesellschaftsvermögen vereinigten Rechte und Gesellschaftsverbindlichkeiten. Von solchen enggeschlossenen und in persönlicher Zusammengehörigkeit begründeten Gemeinschaften muß die Konstruktion ausgehen, denn sie bilden nicht nur geschichtlich die Hauptwurzel der offenen Handelsgesellschaft, sondern auch heute noch ihren typischen Anwendungsfall. Wie unnatürlich erscheint da die Vorstellung, daß Herrin des Gesellschaftsvermögens nicht die Gemeinschaft der Mitglieder, sondern eine von diesen unterschiedene Person, daß die Haftung der Mitglieder für die Gesellschaftsverbindlichkeiten Haftung für fremde Schulden sei." [1])

Wenn Kohler also von dem geflickten Mantel der offenen Handelsgesellschaft redet, weil man für die von ihm genannten Fälle zu Aushilfsmitteln der Konstruktion greifen muß, so zeigt hier Jaeger überzeugend, daß gerade die Kohlersche Auffassung ebenfalls zu Ungereimtheiten führen kann, daß also im vorliegenden Fall durch solche nichts für oder gegen die Richtigkeit seiner Ansicht erwiesen werden kann.

Auch die Berufung Kohlers auf das ausländische, insbesondere auf das französische, Recht schlägt nicht durch, denn, wenn auch mancherorts [2]) die offene Handelsgesellschaft als juristische Person hingestellt wird, so ist, worauf ebenfalls Jaeger mit Recht aufmerksam macht, zu bedenken, daß es

---

[1]) Jaeger, a. a. O. S. 4/5.

[2]) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 3. Aufl. Bd. 2 Anm. 105 ff.; Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. Aufl. Bd. 1, § 38 Anm. 8.

sowohl an einer folgerichtigen Durchführung dieser Ansicht fehlt, als auch in der französischen Rechtsprechung ohnehin eine Vermengung der Begriffe auffällt.

In den Einzelheiten der Fragen, auf denen die Parteifähigkeit beruht, gehen die Meinungen allerdings weit auseinander. Z. B. erkennt Gierke[1]) die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft gleichfalls an. Er und Hellwig divergieren aber darin, daß Hellwig „die Besonderheit der Gemeinschaft zur gesamten Hand in der Eigenart der Gemeinschaft erblickt, während Gierke das Gewicht auf die Eigenart des Rechtssubjekts legt.“ [2]) Für das Prozeßrecht schließt Seuffert sich Gierkes Ansicht an, und zieht — von seinem Standpunkt aus nicht unrichtig — den Schluß, die Parteifähigkeit komme nicht nur der offenen Handelsgesellschaft, sondern auch der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu. Diese Ansicht ist mit Hellwig zu verwerfen.

Verfehlt ist es allerdings auch, wenn Hellwig zu den Anhängern der Körperschaftstheorie Gaupp-Stein und Schmidt zählt. Richtig ist zwar, daß Stein[3]) „mindestens für den Prozess“ die offene Handelsgesellschaft als juristische Person ansieht, und Schmidt[4]) vertritt denselben Gedanken, aber er spricht gleichzeitig von einer „singulären Anomalie.“ Daraus ergibt sich, daß diese beiden Schriftsteller zu den Anhängern der noch zu besprechenden Theorie von der relativen juristischen Person gehören.[5])

Hellwig[6]) meint nun weiter, „daß die offene Handels-

---

[1]) Gierke, Genossenhaftstheorie, S. 591; Ders. Deutsches Privatrecht, Bd. 1 § 80, Bd. 2, § 122.

[2]) Hellwig, System, § 69, S. 152.

[3]) Stein-Gaupp, Kommentar zu ZPO. Bd. 1, 11. Aufl. Tübingen 1913, Anm. II, 4 zu § 50, S. 141.

[4]) Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Bd. 2, S. 328.

[5]) Gaupp-Stein, a. a. a: Anm. 31 belegt seine Ansicht in mißverständlicher Weise mit einer Reihe von Autoren, die sowohl unter sich als auch von ihm in vielen Fragen wesentlich abweichen und nur gerade in diesem einen Punkt, und auch hier bisweilen nur im Ergebnis, übereinstimmen.

[6]) Hellwig, System, § 69, S. 159; Ders. Anspruch und Klagerecht, 1900, § 37; Neukamp, Handkommentar zur ZPO. 2. Aufl. 1911, § 50, Anm. 3.

gesellschaft, solange sie besteht, die Stellung einer juristischen Person hat." Diese Ansicht ist mit Jaeger[1]) und Anderen zu verwerfen. „Ist die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person, so hat sie auch im Prozesse nicht die Stellung einer solchen." Eine Analogie vom Verein ohne Rechtsfähigkeit auf die offene Handelsgesellschaft ist wegen der „grundverschiedenen Art" beider Verbände unstatthaft. Die Einzelheiten der Streitfrage sind hier nicht weiterzuverfolgen. Wir schließen uns ins der Begründung und im Ergebnis Jaeger an.

2. Gerichtstand. Die von Hellwig[2]) erwähnte Tatsache, daß die offene Handelsgesellschaft ihren Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft hat, und daß es gleichgültig sei, wo die Gesellschafter wohnen, spricht m. E. höchstens dafür, daß die offene Handelsgesellschaft relative juristische Person ist. Jedenfalls kann daraus nicht folgen, daß sie absolute juristische Person ist.

3. Streitgenossenschaft. Da die Gesellschaft als solche klagen und verklagt werden kann, so liegt der Fall notwendiger Streitgenossenschaft nicht vor. Das ist heute im wesentlichen unbestritten.[3]) Hellwig lehrt gemäß seinem grundsätzlichen Standpunkt, der Fall notwendiger Streitgenossenschaft liege nicht vor, weil die offene Handelsgesellschaft zwar keine juristische Person, „aber eine ihr gleich behandelte Personenvereinigung" ist.[4]) Mehrheit der gesetzlichen Vertreter begründet schon eo ipso keine Streitgenossenschaft, also auch keine notwendige.[5]) Er sagt dann weiter:[6]) „Bei der offenen Handelsgesellschaft gibt es allerdings Gesellschaftsschulden, aber um sie als solche geltend zu machen und zu vollstrecken, genügt nicht nicht einmal eine Klage gegen und Verurteilung von allen Gesellschaftern, sondern man

---

[1]) Jaeger, a. a. O. S. 7.

[2]) Hellwig, System § 52. S. 116.

[3]) Früher wurde vielfach die entgegengesetzte Meinung vertreten, s. namentlich Plank, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bdl. 1887, S. 43; Wach, Handbuch des Zivilprozessrechts Bd. 1, 1885, § 46.

[4]) Hellwig, System, § 120, S. 329.

[5]) Hellwig, a. a. O. § 121, S. 332.

[6]) Ders. § 121, II 1b

muß gegen die Firma klagen. Darin liegt gerade ein wesentlicher Unterschied von der bürgerlichen Gesellschaft."

Aber auch das beweist nichts für die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person. Daß die offene Handelsgesellschaft hier anders behandelt wird als die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, hat seinen Grund darin, daß die offene Handelsgesellschaft im Wirtschaftsleben eine ganz andere Rolle spielt als jene.[1]) Da beide Gesellschaftsformen hinsichtlich ihres Umfangs, ihrer Bedeutung und ihrer Zusammensetzung garnichts miteinander zu tun haben, ist es gerechtfertigt, die der mangelnden Kongruenz dieser Punkte entsprechende verschiedenartige Behandlung nicht so zu erklären, als ob beide Gesellschaftsformen ihrem juristischen Wesen nach etwas grundverschiedenes wären.

Mit diesen Maßnahmen treten wir auch der Begründung Jaegers[2]) bei.: „Auch hier liegen also die Dinge keineswegs so, als ob die Summe der einzelnen Vereinsmitglieder unter einem bloßen Decknamen verklagt wäre: für die Zwecke des Passivprozeßes wird der Verband als rechtsfähiger Verein behandelt (gemeint ist der Verein ohne Rechtsfähigkeit). Läßt aber das Gesetz die Klage unter einen Decknamen zu, so erkennt es damit weder einen besonderen Parteibegriff noch eine besondere Parteifähigkeit an. Die in solchem Sinne „nur formelle" Partei ist in Wahrheit eben nicht Partei. Der Deckname erspart lediglich die nähere „Parteibezeichnung." Das ist eine durchaus befriedigende Erklärung für die Tatsache, daß die offene Handelsgesellschaft, ohne juristische Person zu sein, unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann.

4. Zeugenschaft der Gesellschafter. Auch hier ist fast jede Einzelheit bestritten. Man hat zu unterscheiden zwischen vertretungsberechtigten und von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern.

---

[1]) Wenigstens war das bis in die jüngste Zeit so. Neuerdings scheint sich nach Zeitungsberichten aus steuerlichen und anderen Gründen allerdings eine Verschiebung zu Gunsten der „Gelegenheitsgesellschaft", alsoder Gesellschaft des BGB. zu vollziehen.

[2]) Jaeger, a. a. O. S. 12.

Ist ein Gesellschafter nicht vertretungsberechtigt, so kann er Zeuge in Prozessen der Gesellschaft sein, gleichgültig ob sie Klägerin oder Beklagte ist. Diese Ansicht wird hauptsächlich von M. Wolff, Hellwig, Jaeger u. a. vertreten.[1]) Das Reichsgericht[2]) vertritt mit der Begründung, nur eine von den Parteien verschiedene Person könne Zeuge sein, den entgegengesetzten Standpunkt und hat damit u. a. Anklang bei Düringer-Hachenburg[3]) gefunden.

Zu was für unbefriedigenden Ergebnissen die Auffassung des Reichsgerichts führen kann, möge folgender Fall zeigen: Angenommen, einer offenen Handelsgesellschaft droht eine Klage, deren für sie ungünstiger Ausgang von den Gesellschaftern vorausgesehen wird, da dem vertretungsberechtigten Gesellschafter Umstände bekannt sind, durch deren Bekanntwerden der Prozeß verloren ginge. Um das Wissen des vertretungsberechtigten Gesellschafters aus dem Prozesse zu eliminieren, entzieht ihm die Gesellschaft die Vertretungsbefugnis. Damit hat die Gesellschaft ihren Zweck erreicht. Denn der nunmehr nicht vertretungsberechtigte Gesellschafter kann nach der Reichsgerichtsrechtsprechung weder als Zeuge vernommen, noch kann ihm der Eid zugeschoben werden. (Vergl. auch No. 5 § 3 B.)

Jaeger argumentiert nun im einzelnen[4]) gegen die Reichsgerichtsentscheidung: Parteieidesfähigkeit und Zeugniseidesfähigkeit müßten einander ergänzen. „Das Beweissystem duldet keinen toten Winkel." Aus diesem Grunde müsse der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter zeugnisfähig sein, gleichgültig, ob man den Gesellschafter als Partei oder Mitpartei im Gesellschaftsprozeß ansehe, „denn der einzelne Gesellschafter ist weder Partei noch Mitpartei, sondern ein Dritter im Gesellschaftsprozesse." Letzteres ist zweifellos richtig.

Nicht ganz so weit geht Hellwig. Er nimmt an, daß der Streitgenosse Zeuge sein kann, wenn es sich um eine Tat-

---

[1]) M. Wolff, Berliner Festausgabe für Gierke, Berlin 1910, Bd. 2, S. 118 ff.; Jaeger a. a. O. S. 36 und L.Z. 1910 S. 151 ft.; Hellwig, System § 124, S. 346 Gaup-Stein, Vorb. I, 2 u. 3 vor § 373, S. 904; Seufert, Anm. 2 vor § 373.

[2]) Entsch. des RG. in Zivilsachen, Bd. 17. S. 365 fg.

[3]) Düringer-Hachenburg u. A. HGB. Anm. 10 zu § 124.

[4]) Dies ist übrigens auch der Grundgedanke Steins (a. a. O.).

sache handelt, die nicht für ihn von Bedeutung ist.[1]) Nach Hellwig kann sogar der Streitgenosse dann Zeuge sein, wenn er zwar mit einem Anderen zusammen auf Grund desselben Tatbestands verklagt ist, eine konkrete Tatsache aber lediglich dem Anderen gegenüber maßgebend ist (z. B. Fuhrherr und Knecht sind aus §§ 823, 831 BGB. belangt, dann kann der Knecht als Zeuge über Vorgänge bei der Anstellung vernommen werden, weil es sich um Dinge handelt, die den — ihn nicht betreffenden — Exkulpierungstatbestand berühren.)

In diesem letzten Gesichtspunkt ist unseres Dafürhaltens ein Zusammenhang aufgedeckt, der aufs deutlichste zeigt, daß die Zeugenfrage mit dem Gesellschaftsproblem als solchem garnichts zu tun hat, sondern, daß sich genau die gleichen Verwicklungen mit gleichartiger Lösungsmöglichkeit auch bei anderen zufälligen Personenhäufungen ergeben. Das beweist also nichts für die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person. Damit erübrigt sich auch die Anerkennung der Jaeger'schen Bekämpfung des Satzes, daß nur eine von den Parteien verschiedene Person Zeuge sein kann. Denn dies zu bestreiten erscheint uns gewagt.

Das Reichtsgericht geht sogar so weit, daß es — was nur bei Verwerfung der Theorie von der juristischen Person möglich ist — die Behauptung aufstellt,[2]) „die Klage einer offenen Handelsgesellschaft gegen einen Gesellschafter ist unzulässig, weil sonst der Gesellschafter sowohl Kläger als Beklagter sein würde.[3])" Wir treten nun Jaeger[4]) und Flechtheim[5]) darin bei, daß dieser Satz nicht zu halten ist. Daß man nicht gleichzeitig Kläger und Beklagter sein kann, ist richtig. Hier würde u. a. schon § 181 BGB. helfen. Es liegt aber hier gar keine Identität des Rechtssubjeks vor. Schon wegen der Gesamthandnatur der offenen Handelsgesellschaft (siehe unten) kann man das unmöglich aufrecht erhalten. Jedenfalls würde selbst dieses Problem ungezwungen zu lösen

[1]) Hellwig, System § 122.
[2]) Abgedruckt in der LZ. 1914, S. 532 No. 10.
[3]) LZ. 1. c.
[4]) Jaeger a. a. O.
[5]) Flechtheim, LZ. 1910, S. 1260.

sein, ohne daß man der offenen Handelsgesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person vindiziert.

5. Ähnlich liegen die Verhältnisse beim Parteieid. Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts ist der Parteieid von den Gesellschaftern zu leisten, die zur Zeit der Eidesleistung vertretungsberechtigt sind, mögen die Vorgänge selbst auch in eine Zeit fallen, in der die Schwurpflichtigen noch nichts mit der Gesellschaft zu tun hatten.[1]) Sie haben hier die übliche Erkundigungspflicht und können den Eid natürlich nur in der Ueberzeugungsform leisten. Die ausgeschiedenen Gesellschafter dagegen können, wenn die Gesellschaft weiter bestehen bleibt, als Zeugen vernommen werden[2]).

Diese Verhältnisse ähneln auf den ersten Blick denen der Körperschaft. Die Mitglieder kommen und gehen, die Korporation bleibt, und die Eidesformulierung richtet sich danach, ob der Zeuge bezw. Schwurpflichtige (d. h. Eidesdelat) noch Mitglied bezw. Vorstand ist, war, oder ob er nur seine Ueberzeugung eidlich erhärten soll.

Trotzdem ist es ein Fehlschluß, wenn man aus der Aehnlichkeit der Eideslage auf die Natur der offenen Handelsgesellschaft schließen will. Es sind das nur Zufälligkeiten, die uns massenhaft im Rechtsleben begegnen. Es sei hier nur an die Erbengemeinschaft, an den Uebergang einer Einzelfirma und an sonstige Fälle der Rechtsnachfolge erinnert.

6. Für den richterlichen Eid und den Offenbarungseid gilt analoges.[3])

7. Auch die Frage nach der Rechtskraft beweist nichts gegen unsere Ansicht. Zwar lehnen wir die Theorie ab, daß ein im Prozeß der offenen Handelsgesellschaft ergehendes Urteil schlechthin und grundsätzlich Rechtskraft für und gegen die Gesellschafter schaffe.[4]) Dies ist vielmehr nur eine zu-

---

[1]) Ebenso Staub, Kommentar zu HGB. Anm. 12 zu § 124.

[2]) Entsch. des RG. in Ziv. Sachen, Bd. 47, S. 426.

[3]) Bei Leistung des Offenbarungseids durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter hinsichtlich des Vermögens der o. H. brauchen diese natürlich nur dieses, nicht ihr Privatvermögen, anzugeben.

[4]) R. Schmidt, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 768; Düringer-Hachenburg, HGB. Anm. 16 zu § 124.

fällige Begleiterscheinung mancher besonders gelagerter Fälle, auf die wir gleich zurückkommen.

Mit Hellwig nehmen wir umgekehrt an, daß nicht einmal ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil für die Gesellschaft Rechtskraft herbeiführt.[1]) „Dagegen wirkt allerdings die Verurteilung der Gesellschaft auch Rechtskraft gegen die Gesellschafter, insofern sie das Bestehen einer Verbindlichkeit bejaht, und umgekehrt die von der Gesellschaft erstrittene Feststellung des Nichtbestehens einer Gesellschaftsverbindlichkeit Rechtskraft zugunsten der Gesellschafter, insofern sie zugleich die Haftung des Eigenvermögens verneint. ."[2]) Es hängt dies damit zusammen, daß nach richtiger Ansicht die Gesellschaft und die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht als Gesamtschuldner nebeneinander haften.[3]) „Man kann daher nicht von einer Gesamtschuld der Gesellschaft und der Gesellschafter sprechen, da die Gesellschaft keine juristische Persönlichkeit hat; die Gesellschaftsschuld ist vielmehr nur eine zur persönlichen Haftung der einzelnen Gesellschafter hinzutretende weitere Haftungsart mit dem, eine gewisse Selbständigkeit besitzenden Gesellschaftsvermögen."[4])

Ist jedoch einmal urteilsmäßig eine Gesellschaftsverbindlichkeit festgestellt, so kann der hinterher deswegen belangte Gesellschafter das Bestehen der Verbindlichkeit zur Zeit des Erlasses jenes Urteils, richtiger der zur Erlaß des Urteils führenden letzten mündlichen Verhandlung, nicht mehr bestreiten. Das ist so gut wie unbestritten.

Selbst Kohler muß diese Rechtskraftwirkung zugeben. Er meint aber:[5]) „Man vergißt immer und immer, daß die Gesamthaftung des Gesellschafters eine Gesamthaftung nicht

---

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 270.

[2]) Jaeger, Die o. H. im Zivilprozesse, S. 61.

[3]) Staub, Anm. 1 zu § 128; Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. Anm. 2 zu § 128.

[4]) Staub, Kommentar zum HGB. Anm. 1 zu § 128 S. 544; ebenso auch Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 107 III 2 b, S.

[5]) Juristische Persönlichkeit der o. H., Arch. für b. R. Bd. 40 S. 248; Ders. in Festgabe für Klein 1914, S. 1 ff.

für einen bestimmt abgeschlossenen Schuldenkomplex ist, sondern eine Haftung für alle und jede Schulden der Gesellschaft, die sich in dem jeweiligen Stadium der Gesellschaftsentwickelung ergeben. Würde also durch Urteil festgestellt, daß die Gesellschaft etwas schulde, so hat die res iudicata die Bedeutung, daß wenn auch ursprünglich keine Schuld bestand, sie nunmehr entsteht: es ist jetzt eine Schuld ex judicato; und da der Gesellschafter für alle neu entstandenen Schulden haftet, so haftet er auch für die Schuld ex judicato."

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Sie besagt in kurzen Worten, „daß die unrichtige Feststellung eines Rechtsverhältnisses durch den Richter einen objektiven Rechtsveränderungsgrund bildet." [1]) Das ist eine Verkennung des Satzes, res iudicata ius facit inter partes. Ein Dritter ist eben nicht pars.[2]) Gerade das Hauptargument Kohlers versagt also.[3])

8. Zwangsvollstreckung. „Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich." (§ 124 HGB.). Will ein Gläubiger jedoch gegen die Gesellschafter auf Grund ihrer Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten vorgehen, so kann er mit diesem Titel nichts anfangen, denn § 129 Abs. 4 HGB. bestimmt: „Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Schuldtitel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt."

In diesen beiden Vollstreckungsvorschriften will Kohler mehr als eine Zweckmäßigkeitsmaßnahme und die Anerkennung des Gedankens einer gewissen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens sehen. Er hält die hier gegebene Regelung für einen Ausdruck der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person. In diesem Gedankengang ist ihm jedoch nicht zu folgen.

---

[1]) Jaeger a. a. O. S. 63.

[2]) Vgl. hierzu die ausführlichen Darlegungen bei Stein-Gaupp, ZPO. Anm. II 1 zu § 322, S. 803 ff.; Förster Kann ZPO. Anm. 2 zu § 322.

[3]) Die Praxis freilich denkt anders. „Hat der Gläubiger schon ein Urteil gegen die o. H., so ist dadurch die Gesellschaftsschuld auch den einzelnen Gläubiger gegenüber wirksam festgestellt, und braucht der Gläubiger daher nur die Judikatsklage gegen die Gesellschafter zu erheben" (Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, Hannover 1914, § 21, H. 253).

Für Gesellschaften des bürgerlichen Rechts findet sich in § 736 ZPO. eine entgegengesetzte Bestimmung. Nach ihr ist die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen vom Vorliegen eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils abhängig. Aber auch aus dieser abweichenden Regelung folgt u. E. lediglich, daß das Sondervermögen der offenen Handelsgesellschaft vom Gesetz anerkannt wird. Die Annahme des selbständigen Charakters des Gesellschaftsvermögens ist u. E. vollständig ausreichend, um die Besonderheiten der Zwangsvollstreckung befriedigend zu erklären. Daß und in wie weitgehendem Maße das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft von dem ihrer Gesellschafter getrennt ist, wird weiter unten ausgeführt werden.

Weiter hat man sich darauf berufen, daß die Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter aus einem nur gegen die Gesellschaft gerichteten Urteil unzulässig ist. Dieses Argument gehört zu denen, bei welchen auf den ersten Blick viel für die Richtigkeit der Annahme einer juristischen Person der offenen Handelsgesellschaft zu sprechen scheint. In Wirklichkeit folgt aber auch aus dieser Regelung in erster Linie das Prinzip der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Sodann weist Jaeger[1]) zutreffend darauf hin, daß § 129 Abs. 4 HGB. nur die ausdrückliche Bestätigung eines Rechtssatzes enthalte, „der in der Praxis, namentlich das Reichsgerichts, bereits seit langem anerkannt war und schon aus Billigkeitsgründen anerkannt werden mußte, weil der Gesellschaftsprozeß für die Geltendmachung persönlicher Entlastungsgründe keinen Raum bietet."

Hiergegen könnte man allerdings einwenden, daß gerade diese Unzulässigkeit persönlicher Einreden für die Annahme der Gegner spreche. Dem ist aber nicht so. Man findet auch bei anderen Verbänden physischer Personen, die keine juristische Person bilden, genau dieselben Verhältnisse aus ebendemselben Grunde: der Selbständigkeit einer bestimmt begrenzbaren Vermögensmasse Diese zwingt dazu, bei Prozessen, von denen das Gesellschaftsvermögen getroffen wird, nicht Einwendungen zuzulassen, die höchstens einen Gesellschafter (womöglich ganz

[1]) Jaeger, Die offene Handelsgesellschaft S. 70.

unabhängig von seiner Eigenschaft als solcher) berühren. Wir legen daher auf das Moment der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens das Hauptgewicht.

9. Prozeßlage bei Beendigung der offenen Handelsgesellschaft. Sobald die Gesellschaft nach den Vorschriften des HGB. freiwillig aufgelöst wird, tritt dem Prinzip nach eine Veränderung in der Vertretungsbefugnis ein. Es werden auch diejenigen Gesellschafter, die bis dahin von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen waren, vertretungsberechtigt. Auf die Gesellschaft als Prozeßsubjekt hat dies keinerlei Einfluss. „Es tritt kein Parteiwechsel, sondern nur ein Wechsel in der Vertretung ein . . . So geht der Prozeß weiter bis zur Beendigung der Liquidation.[1])"

Eine Liquidation muß nicht notwendigerweise erfolgen. „Nach der Auflösung der Gesellschaft findet die Liquidation statt, sofern nicht eine andere Art der Auseinandersetzung von den Gesellschaftern vereinbart ist" (§ 145 HGB.).

Eine solche andere Art der Auseinandersetzung ist die Uebernahme des Geschäfts durch einen Gesellschafter oder einen Dritten. Welche Folgen hat eine derartige Auflösung der Gesellschaft für den Prozeß? Für diesen Fall schreibt § 158 HGB. vor, daß solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, im Verhältnis zu Dritten die Gesellschaft als fortbestehend gilt.

Verwickelt wird die Rechtslage, sobald nach tatsächlich erfolgter Auseinandersetzung und Teilung der Prozeß weiter geht. Hier ist mit Hellwig zu unterscheiden, einmal: ob den Prozeßgegenstand ein von der Gesellschaft eingeklagtes Recht bildet oder eine Sache, die durch den Prozeß streitbefangen würde; sodann der Fall: daß es sich um eine Gesellschaftsschuld handelt.

Erster Fall. Hier findet § 265 Abs. 2 ZPO. Anwendung, d. h. die Veränderung in der Person der Beteiligten hat auf die Rechtslage keinen Einfluss.

Zweiter Fall. Handelt es sich um ein Forderungsrecht gegen die Gesellschaft, so treten nach richtiger Ansicht an die

[1]) Hellwig, System § 178, S. 573.

Stelle der aufgelösten Gesellschaft die Gesellschafter in der Weise, daß sie im Prozeß von nun an zur Partei gemacht werden können, ohne daß hierin eine unzulässige Klageänderung erblickt werden darf. Auf der andern Seite ist jedoch der Gläubiger nicht gezwungen, diesen Weg zu beschreiten. Er kann auch ruhig die Schuld gegen die Gesellschaft feststellen lassen. „Auch dies ist für den Kläger von Bedeutung: wegen HGB. § 129 Abs. 1 gegenüber den Gesellschaftern und wegen ZPO. § 325 Abs. 1 gegenüber dem Uebernehmer des Gesellschaftsvermögens.“ [1])

Auch diese Regelung scheint für die Anhänger der Lehre von der offenen Handelsgesellschaft als juristischer Person zu sprechen. In der Tat ist das jedoch keineswegs der Fall. Hauptsächlich handelt es sich um die Anwendung von Prozeßgrundsätzen, die bei jeder Art Rechtsnachfolge, also auch wenn eine Einzelperson in das Vermögen einer reinen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sukzediert, Anwendung finden.

C. Konkursrechtliches.

Mit besonderem Eifer sind Fragen aus dem Konkursrecht gegen die Annahme der Gesellschaftsnatur der offenen Handelsgesellschaft verwertet worden. Während über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein selbständiges Konkursverfahren grundsätzlich nicht stattfindet, ist die offene Handelsgesellschaft selbst konkursfähig (§ 209 K. O.). Diese Selbständigkeit des Gesellschaftskonkurses zeigt sich in einer Reihe von Einzelheiten.

a) Konkurs der Gesellschaft ist nicht Konkurs der Gesellschafter. Diese sind schlechthin nicht einbeziehbar und es bedarf erforderlichen Falls eines besonderen Konkursverfahren über ihr Vermögen.

b) Das Konkursverfahren umfaßt nur das Vermögen der Gesellschaft, nicht das der Gesellschafter. Es können sogar Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter (Anspruch auf rückständige Einlagen, Schadenersatzansprüche etc.) Gegen-

[1]) Hellwig, System, § 178, S. 574. Im einzelnen herrscht nicht nur über die Frage selbst Streit, sondern auch in der Begründung gehen die Meinungen weit auseinander. Auf die prozessuale Einzelheiten ist hier nicht zugehen.

stand des Gesellschaftsvermögens und damit der Konkursmasse bilden.

c) Als Konkursgläubiger werden nur die Gläubiger der Gesellschaft, nicht die eines Gesellschafters, zugelassen. Diese sind hier wie sonst auf den Auseinandersetzungsanspruch angewiesen.

d) In dem Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters können die Gesellschaftsgläubiger, wenn das Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen eröffnet ist, Befriedigung nur wegen desjenigen Betrages suchen, für welchen sie in dem letzteren Verfahren keine Befriedigung erhalten. Gerade diese Bestimmung hat Kohler in einer Weise ausgelegt, die lebhaften Widerspruch herausfordert und die von Jaeger nicht anerkannt wird.[1])

Diese vier Gesichtspunkte können dafür sprechen, daß die offene Handelsgesellschaft Körperschaft ist. Alles andere im Konkursrecht spricht dagegen. Zwar haben auch die Vorstände der Organisationen, die zweifellos juristische Personen sind, verschiedene Pflichten, z. B. die Offenbarungspflicht, die Verantwortlichkeit für die ordnungsmäßige Buchführung etc., aber in anderem unterscheiden sie sich wesentlich. Der Vorstand der Aktiengesellschaft wird als Individuum nicht von der Briefsperre betroffen, er büßt nicht seine politischen Rechte ein, er kann Vormund bleiben, es tritt nicht Gütertrennung zwischen ihm und seiner Ehefrau ein etc. Alles dies ist beim Gesellschafter der fallierten offenen Handelsgesellschaft der Fall. Zwar sind alle diese Fragen im einzelnen nicht unbestritten, im großen und ganzen herrscht jedoch darüber, daß sich aus ihnen nichts für die Konstruktion der o. H. als juristischer Person ableiten läßt, Einigkeit.

Dann aber kommen wir zu dem Ergebnis, daß auch unter dem Gesichtspunkt des Konkursrechts die offenen Handelsgesellschaft nicht als juristische Person aufzufassen ist.

---

[1]) Ueber diesen Streit vgl. einerseits Kohler, Juristische Persönlichkeit, Arch. Bd. 40, S. 254, andererseits Jaeger, Offene Handelsgesellschaft S. 78.

§ 4.

Die herrschende Lehre.

Das HGB. selbst liefert keinen Beitrag zur Frage nach der Rechtsnatur der offenen Hangelsgesellschaft. Insbesondere kann man dies nicht von § 105 Abs. 2 HGB. behaupten: „Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein Anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.“ Denn hier ist nur gesagt, daß für die offene Handelsgesellschaft das Recht der bürgerlichen Gesellschaft gelte. Man kann aber ganze Gruppen von Bestimmungen eines Rechtsinstitutes auf ein anderes für anwendbar erklären, ohne daß man damit sagt oder zum Ausdruck bringen will, daß jenes zweite Institut theoretisch oder konstruktiv dem ersten gleiche. Zieht man sich aber auf die Aehnlichkeit zurück, so ist dem entgegenzuhalten, daß Aehnlichkeit rechtswissenschaftlich nicht Gleichheit ist[1])

Wenn es trotzdem der herrschenden Lehre entspricht, die offene Handelsgesellschaft als Gesellschaft anzusehen, so beruht das nicht nur, wie man nach Kohler meinen könnte, auf der mens legislatoris, nicht darauf, daß ein Gesetzgeber durch § 105 Abs. 2 HGB. die offene Handelsgesellschaft zu einer Gesellschaft machen wollte, sondern auf inneren Gründen.

Schon in § 3 hat sich gezeigt, daß fast alle Argumente der Kohler-Eccius-Affolterschen Ansicht auf Tatsachen beruhen, die sich ungezwungen aus der Annahme einer gewissen Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens erklären lassen. Man muß sich daher zunächst mit diesem Problem auseinandersetzen.

---

[1]) Sohm. Institutionen. 14. Aufl. 1911. § 8, S. 35.

§ 5.

Das Gesellschaftsvermögen nach Begriff und Wesen.

Bei der gemeinrechtlichen societas waren die Gesellschafter obligatorisch gebunden, nach Auflösung der Gesellschaft zur Auseinandersetzung zu schreiten, die mit der Maßgabe erfolgte, daß das Gesellschaftsvermögen keinen selbständigen Charakter hat und sich nicht vom Vermögen der Gesellschafter unterscheidet. Die Auseinandersetzung erfolgt demgemäß nach Bruchteilen, die Verfügungsbefugnis über die Part ist unbeschränkt, sie ist auch pfändbar, der Partner kann jederzeit Auseinandersetzung verlangen etc. „Kurz ein rechtlich gesondertes Gesellschaftsvermögen ist in Wahrheit gar nicht vorhanden.[1])

Die deutsche Rechtsentwicklung vollzog sich unter dem Einfluß des Gesamthandgedankens bekanntlich wesentlich anders. Das Gesamthandsprinzip ist von der Vermögensfrage unzertrennlich. Für das heutige Recht findet der Gesamthandgedanke seinen Ausdruck in § 718, insbesondere aber § 719 BGB.: „Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazugehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen. Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.“ Diese beiden Bestimmungen finden gemäß § 105 Absatz II HGB. auch auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung.

Wir gehen nun zur speziellen Untersuchung der Rechtsnatur des Gesellschaftsvermögens über, denn das den Schluß-

---

[1]) Enneccerus in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Hälfte § 396 S. 484, 6. Auflage 1912. Für das justinianische Recht und seinen Entwicklungsgang vgl. insbesondere noch Rösler, Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach röm. Recht, Zeitschrift f. Handelsr. Bd. 4, S. 252—326.

gegenstand der vorliegenden Arbeit bildende Problem, die Untersuchung der Frage, wie sich die nach § 142 HGB. erfolgende Geschäftsübernahme darstellt, ist m. E. unmöglich, ohne vorher auf die rechtliche Qualifikation des Gesellschaftsvermögens, insbesondere auf die Frage eingegangen zu sein, wer Subjekt des vergemeinschafteten Gutes ist: jeder Gesellschafter zu einem bestimmten Teile oder die gesamthänderische Gemeinschaft als solche?

Nach § 105 Abs. II HGB. finden die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft auf die offene Handelsgesellschaft Anwendung, soweit nicht in den §§ 106 ff. HGB. etwas anderes bestimmt ist. Das ist so zu verstehen, daß es nicht nur auf die ausdrücklichen Bestimmungen des HGB. ankommt, sondern auch darauf, was bloß sinngemäß aus dem Gesellschaftsrecht des BGB. nicht anwendbar ist. Wir haben uns oben bereits dafür entschieden, daß die Normen über die gesamthänderische Bindung zu denen gehören, die ohne weiteres auch auf die offene Handelsgesellschaft übertragbar sind. Das gilt auch für die das Vermögen im allgemeinen behandelnde Norm des § 718 BGB.: „Die Beiträge der Gesellschaft und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschafter erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird."

Ueber die Auslegung dieser Bestimmung in Verbindung mit der des § 719 herrscht im einzelnen viel Streit, der zum Teil noch auf Fragen zurückgeht, die schon vor Schaffung des BGB. im Mittelpunkt des Interesses standen und die durch das Gesetzbuch ihre Lösung nicht gefunden haben.[1]) Für den vorliegenden Gegenstand hat der größte Teil dieser Streitfragen allerdings kein Interesse. Mit dem Gesandhandprinzip müssen wir uns jedoch näher beschäftigen.

[1]) Die ältere Literatur findet man bei Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1901, § 27 S. 77 ff. angegeben.

Man hat behauptet, daß es sich in der Gesamthand um eine bloße Modifikation schuldrechtlicher Grundsätze handle,[1]) Diese Ansicht hat keine Verbreitung gefunden. Sie erklärt nicht, worin die Modifikation besteht und wie durch eine solche das Wesen der ganzen Einrichtung so grundlegend geändert werden kann.

Eine andere Theorie lehrt, der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen sei Miteigentum.[2]) Von dieser Ansicht sagt Schnell[3]) mit Recht: „Ihr Hauptmangel lag in dem Verkennen des personenrechtlichen Charakters der Gesamthandsgemeinschaften und in der schablonenhaften Unterordnung deutschrechtlicher Institute unter römische Rechtsbegriffe."

Für das ältere Handelsrecht kommt noch die Ansicht Lastigs[4]) in Betracht, nach der bei der offenen Handelsgesellschaft überhaupt kein Miteigentum, sondern eine bloße Verfügungsgemeinschaft vorliegt. Für das geltende Recht kommt diese Theorie schon angesichts der positiven Bestimmungen des §§ 718, 719 BGB. nicht in Frage.

Die heute herrschende Ansicht ist die von Gierke begründete, die durch die Ueberzeugungskraft ihrer Gründe und ihre Durchsichtigkeit sich von den früheren Theorien auszeichnet.[5]) Die meisten Schriftsteller aus neuerer Zeit, sogar Kohler, wenn auch (entsprechend seinem grundsätzlichen Standpunkt) nur für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, bekennen sich zu Gierkes Ansicht.[6])

---

[1]) Goldschmidt, System des Handelsrechts 4. Aufl. 1892, § 42.

[2]) So insbesondere Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 31, S. 1 ff.

[3]) Schnell, Die Quotenfrage bei der offener Handelsgesellschaft, S. 5.

[4]) Lastig a. a. O.

[5]) Gierke legt seine Ansichten an folgenden Stellen dar: Genossenschaftsrecht, Bd. 1, S. 424 ff.; Bd. 2, §§ 12, 36; Genossenschaftstheorie S. 343 ff., 436 ff. Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 27 ff. Deutsches Privatrecht, Bd. 1, § 80, Nr. 3, S. 676; Bd. 2, § 122, S. 387 ff.

[6]) Alle aufzuführen ist weder möglich noch notwendig. Hier seien genannt: Staub, Kommentar zum HGB. Anm. 12 des Exk. zu § 123; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, § 66, S. 470; Enneccerus. Lehrbuch des b. R. a. a. O.; Wolff, Sachenrecht, 4./5. Aufl. S. 269. Staudinger-Hober, Anm. II zu 718, S. 1300, Sohm, Der Gegenstand, S. 60, ff. Wölz, Das Gesellschaftsverm. nach bürgerlichem Rechte und bei der o. H., 1908.

Für die Gesellschaft im allgemeinen besagt diese etwa folgendes: Das gemeinschaftliche Vermögen, das Gesellschaftsvermögen, hat auch einen gemeinschaftlichen Träger, nämlich die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Die Gesellschafter bilden eine von der Rechtsordnung zusammengefaßte „kollektive Einheit." Dieser geschlossenen subjektiven Einheit in Gestalt der vereinigten Gesellschafter stehe selbständig und unabhängig eine gleichfalls geschlossene objektive Einheit in Gestalt des Gesellschaftsvermögens gegenüber. Das Gesellschaftsvermögen ist demnach „ein von der Summe seiner jeweiligen Bestandteile verschiedenes Rechtsobjekt.[1])" „Eine notwendige Folge hiervon ist, daß der einzelne Gesellschafter nicht als selbständiger Rechtsträger in Ansehung des Vermögens gedacht werden kann. Ebensowenig ist aber auch eine ideelle Geteiltheit des Vermögens als Ganzen oder einzelner dazugehöriger Gegenstände begrifflich möglich.

Vom Gesellschaftsvermögen an sich sind also streng zu unterscheiden die Rechte der einzelnen Gesellschafter. Diese bestehen sowohl an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen als auch am Gesellschaftsvermögen als solchem.

§ 6.

Die Rechte der Gesellschafter an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen.

Die gesetzliche Grundlage dieser Rechte bildet der bereits zitierte § 719 BGB. Wie sich aus dem Gesagten schon ergibt, ist die Regelung des BGB. in diesem Punkte lückenhaft. Vieles ist der Theorie überlassen, und es konnte deshalb nicht ausbleiben, daß im einzelnen die Meinungen weit auseinandergehen.

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 495.

Gemäß der von uns im vorigen Paragraphen vertretenen Ansicht ist der Anteil des Gesellschafters an den einzelnen Vermögensgegenständen, der Natur des Gesellschaftsvermögens entsprechend, ein Anteilrecht am Gesamthandvermögen. Es darf nicht als ein nach ideellen Quoten geteiltes Miteigentum gedacht werden. Bei dem Bruchteilseigentum hat jeder Miteigentümer eine feste Quote. Dort darf jeder Miteigentümer über seinen Anteil frei verfügen. Dort ist jedoch diese Quote ein für sich bestehendes Sachenrecht. „In der Summe der gesonderten Anteile erschöpft sich der Eigentumsinhalt, sodaß ein unaufgeteilter Rest von Eigentumsrecht, das den Teilhabern gemeinschaftlich zustände, nicht mehr übrig bleibt. Allerdings wird durch die Einheit der Sache, auf die sich die Anteilsrechte beziehen, eine Gemeinschaft unter den Miteigentümern erzwungen. Allein diese Gemeinschaft ist keine Eigentumsgemeinschaft, sie bleibt Verwaltungsgemeinschaft, die an der Zuständigkeit des Eigentums nichts ändert und dabei das Miteigentum unversehrt läßt.[1])“

Die Anteilsverhältnisse an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen stellen sich demgegenüber so dar, daß diese einzelnen Gegenstände, soweit sie Sachen sind, in dem gesamthänderischen Eigentum der Gesellschafter stehen, so, daß jeder einzelne Gesellschafter nur mit den Anderen zusammen Berechtigter ist und zwar so, daß das Recht des einen Gesellschafters in seiner Entfaltung an die Rechte des andern gebunden, bezw. mit den Rechten des andern verbunden ist. Die oberste Sachherrschaft bleibt nach Gierke, dem wir uns in diesem Punkte anschließen, in dem ungeteilten Gesamtrecht beschlossen, dessen einheitliches Subjekt die Teilhaber in ihrer Gesamtheit, in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit, sind. Jeder einzelne hat ein während des Bestehens der Gesellschaft unmittelbar gar nicht in Erscheinung tretendes und deshalb solange unbestimmbares Anteilrecht daran.[2])

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, § 80, S. 689.

[2]) Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß dies nur in rein begrifflichem Sinn wörtlich genommen werden kann; auch nur zivilrechtlich. Für Steuerzwecke z. B. muß das Anteilsrecht seinem Werte nach bestimmt werden.

Je kleiner die Gemeinderschaft an Mitgliederzahl ist, desto leichter verschwimmen die Prinzipien. Gerade bei zweigliedrigen Gesellschaften treten die grundsätzlichen Gedanken oft nicht in Erscheinung, weil den Beteiligten die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens nicht zum Bewußtsein kommt, geschweige denn, daß sie sich mit der juristischen Struktur ihres Unternehmens beschäftigen. Es muß deshalb mit aller Schärfe betont werden, daß die Zahl der Gesellschafter mit dem Grundgedanken nichts zu tun hat. Ob es sich um 2 oder um 100 Gesellschafter handelt, das Gesamthandsprinzip wird davon nicht berührt.[1])

Während wir prozessual im wesentlichen die Außenwirkungen der Gesamthand sahen, haben wir es bei der Betrachtung des Verhältnisses der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen im wesentlichen nur mit der Innenseite der Beziehungen zu tun. Zusammenfassend sagt Deitigsmann[2]), „daß der einzelne Gesamthänder, obwohl das Gesamtgut ja auch sein Vermögen ist, diesem in vielen Beziehungen wie ein außenstehender Dritter, der auch Schuldner des Gesamtgutes sein kann, gegenübersteht."

§ 7.

Die Rechte des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen als Ganzem.

a. Allgemeines.

Am Gesellschaftsvermögen als Ganzem steht jedem einzelnen Gesellschafter das besprochene Wartrecht auf seine Part bei einer etwaigen Auseinandersetzung zu.

[1]) Aehnliche Verhältnisse wie bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft finden sich auch anderwärts. Bei der zweigliedrigen o. H. finden wir: persönliches Vermögen des Gesellschafters A, persönliches Vermögen des Gesellschafters B, ferner den Anteil des A. und den des B. am Vermögen ihrer o. H. Das persönliche Vermögen und den Gesellschaftsanteil kann man zusammen mit Deitigsmann, Eigentumsübergang von Gesamthandgrundstücken ohne Auflassung, Karlsruhe 1910 (auch Heidelberger Diss) als Gesamtvermögen bezeichnen. Ein ähnliches Verhältnis ist z. B. die eheliche Gütergemeinschaft. Jedoch ensteht hier das Sondergut nicht durch irgendwelche Handlungen der Beteiligten, sondern kraft Gesetzes.

[2]) Deitigsmann a. a. O. S. 11.

Die bekannte Einteilung der Gliedrechte in Vermögens- und Verwaltungsrechte gilt auch für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft und die offene Handelsgesellschaft. Außer den etwaigen Ansprüchen auf Gewinnauszahlung und auf das Auseinandersetzungsguthaben hat der Gesellschafter grundsätzlich Verwaltungsrechte, wie das Recht der Geschäftsführung, des Einspruchs gegen Handlungen der Mitgesellschafter etc. Das Gesetz stellt hier nur allgemeine und zudem größtenteils dispositive Normen auf. Die Lehre von den Vermögens- und Verwaltungsrechten im allgemeinen ist in der Literatur eingehend behandelt (im Vereinsrecht).[1])

Im einzelnen herrscht auch hier wieder viel Streit. Es ist im Rahmen dieser Arbeit jedoch weder notwendig noch zweckmäßig, auf jeden kontroversen Punkt einzugehen, vielmehr beschränken wir uns auf das Grundsätzliche.

Gierke lehrt, die Gesamtheit der Rechte an den zum Gesamtgut gehörenden Gegenständen bildeten das als besonderes Recht am Gesellschaftsvermögen bestehende Recht des Gesellschafters am Gesamtgut. Dieses Recht aber habe die Natur eines dinglichen Rechts an einem fremden Vermögen. Daß etwas derartiges an sich nicht unmöglich wäre, beweist die Tatsache, daß auch anderwärts dingliche Rechte an einem gesamten Vermögen vorkommen, z. B. das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemanns am Vermögen der Frau beim gesetzlichen Güterstande, ferner das Verwaltungsrecht des Vormundes am Vermögen des Mündels, das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt am Vermögen des Kindes.

Trotzdem müssen wir die Ansicht Gierkes über diesen Punkt mit der herrschenden Lehre ablehnen. Wir schließen uns der Auffassung Schnells[2]) an und sagen: „die Teilrechte der Gesellschafter bestehen an jedem einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstand, nicht machen sie vor

[1]) Obgleich die Lehre von den Vermögens- und Verwaltungsrechten in erster Linie für die juristischen Personen ausgebildet sind, sehen wir keinen Grund, warum sie nicht auch auf andere Personenvereinigungen mit verselbständigtem Vermögen anwendbar sein sollen.

[2]) Die Quotenfrage. S. 14.

der äußeren Geschlossenheit der Objektsvielheit halt, um das Vermögen nur als Ganzes zu erfassen. Ein Anteil am Vermögen als Ganzem ist überhaupt nicht vorstellbar.“ [1])

Der Vergleich mit den erwähnten familienrechtlichen Herrschaftsrechten ist aber noch aus anderen Gründen nicht durchführbar, insbesondere sind die Rechte der Gesellschafter viel weitergehende als die des Ehemanns oder Vaters. Sie stehen dem Eigentumsrecht näher, da sie auch ein Anwartsrecht auf Alleineigentum mitumfassen.

b) Die Quotenfrage. Das eben erörterte Recht des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen bildet zusammen mit der Gesamthandsberechtigung an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen das Anteilsrecht des Gesellschafters an der Gesellschaft. Die den Gesellschaftern zustehenden Anteilsrechte hat Schnell quotenmäßig berechnet. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß der Umfang der Miteigentumsquoten sich im Zweifel nach der Zahl der an der Gesellschaft beteiligten Personen bestimmt.[2]) Dem ist nicht beizutreten. Was dieser Schriftsteller anderen Bearbeitern vorwirft, namentlich Laband und Sohm,[3]) das gilt auch für seine eigene Aufstellung: Für viele Fälle paßt sie nicht. Wolff[4]) bemerkt mit Recht, daß die „Eigentumsanteile“ sich nicht stets in einer Quote rechnungsmäßig ausdrücken lassen. Er sagt dann weiter: „In der Tat lassen sich die Kapitalanteile der Gesellschafter solange in (wechselnde) Quoten am Gesellschaftsvermögen umrechnen, als sie alle über Null stehen. Aber erstens ist solche Umrechnung stets nutzlos und zweitens dann unmöglich, wenn ein Anteil auf Null oder darunter sinkt. (Oder sollte etwa anzunehmen sein, daß der Gesellschafter in diesem Fall überhaupt keinen Anteil an den Sachen der Gesellschaft habe?).“

So wichtig diese Frage auch theoretisch ist, angesichts der klaren Bestimmung des § 719 BGB. kommt ihr eine große praktische Bedeutung nicht zu. Nur beim Eigentumsübergang

---

[1]) Schnell: Die Quotenfrage S 14.

[2]) Schnell, Die Quotenfrage bei der o. H. Marburg 1913 S. 33.

[3]) Sohm, Der Gegenstand, S. 92.

[4]) Wolff, Sachenrecht, 8. Aufl. 1913, § 88 S. 291 II und Anm. 9.

von Gesamthandsgrundstücken spielt sie wegen der noch immer nicht geklärten Streitfrage, ob Auflassung und Eintragung notwendig ist, eine gewisse Rolle, sodaß sich auch Deitigsmann[1]) mit ihr beschäftigt. Im Ergebnis steht er auf dem von uns vertretenen Standpunkt: „Sicherlich kann nach der ganzen Gestaltung, die das Gesetz dem Rechtsinstitut der gesamten Hand gegeben hat, nicht damit gemeint sein, daß die einzelnen Gesamthandsgegenstände nach Quoten geteilt seien. Denn dann würde ja unter den Mitgliedern einer gesamthänderischen Gemeinschaft einmal ein Gesamthandsverhältnis am Gesamtvermögen und nebenbei Miteigentum nach Quoten an den einzelnen Stücken bestehen müssen. Eine so komplizierte und zugleich inkonsequente Regelung kann das Gesetz nicht gewollt haben. Man kann daher nur annehmen, daß mit diesem Ausdruck weiter nichts gesagt sein soll, als daß eben aus der Mitgliederschaft der Gesamthänder an dem Gesamthandsverbande eine Mitberechtigung nicht nur am Gesamthandsvermögen als solchem, sondern eben aus diesem auch mittelbar eine Mitberechtigung an den einzelnen zum Gesamthandsvermögen gehörenden Gegenständen angenommen werden muß."

Auf die verschiedenen Konstruktionsversuche, z. B. die Theorie von der geteilten Mitberechtigung,[2]) der Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts[3]) etc. kann hier nicht näher eingegangen werden.

§ 8.

Ergebnis hinsichtlich der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft.

Wir kommen nun zur Beantwortung der Frage, wie sich auf Grund obiger Auseinandersetzung die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft gestaltet. Wir haben gesehen,

[1]) Deitigsmann a. a. O. S. 17.

[2]) Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht in Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 49, S. 172 ff.; Nagler, Die gesamte Hand, Sächs. Arch. Bd. 10, S. 695 ff.

[3]) Sohm, Der Gegenstand, S. 65 ff.

daß man die offene Handelsgesellschaft teils als Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, teils als juristische Person betrachtet, und daß beide Betrachtungsweisen manches für sich, jede aber auch manches gegen sich hat. Das ist schon früheren Schriftstellern keineswegs entgangen. Insbesondere Dahn[1]) und Gareis[2]) haben die Theorie aufgestellt, die offene Handelsgesellschaft sei eine relative juristische Person. Die Lehre Dahns stützt sich darauf, daß einmal der Name der Gesellschaft in das Grundbuch eingetragen wird, daß zweitens die Gesellschaft ihren eigenen Gerichtsstand hat und daß drittens die Geschlossenheit der Gesellschaft in der Firma zum Ausdruck kommt, in der Firma, unter deren Namen sie klagen und verklagt werden kann. Nur die persönliche Haftung der Gesellschafter und nur diese bestimmt Dahn dazu, — nach dem in § 4 Angeführten mit Recht — die offene Handelsgesellschaft nicht als juristische Person, sondern nur als relative juristische Person zu bezeichnen. „Die Relativität der juristischen Person erscheint darin, daß anders als bei der Korporation, welche eben absolut juristische Person ist und bei welcher auch eventuelle Haftung der Glieder für die Schulden der Universitas ausgeschlossen ist,[3]) die Haftung dieser (eben der relativen) juristischen Person nur eine primäre und das Nichtstandhalten derselben die Negation der juristischen Persönlichkeit ist.“[4])

Im Anschluß an Dahn will Gareis durch die Bezeichnung relative juristische Person zum Ausdruck bringen, daß die offene Handelsgesellschaft nur in gewissen Beziehungen, nämlich in Bezug auf Rechts- und Verpflichtungsfähigkeit, selbständig ist, und zwar sind das eben die Beziehungen, wo die „Gesamtheit“ zum Worte gelangt, z. B. „die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit“ u. a. m.

---

[1]) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875.

[2]) Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1909, §§ 24, 25; Ders. Komm. zum HGB. Anm. zu § 124.

[3]) Das ist allerdings nicht folgerichtig durchzuführen. Für die eingetragene Genossenschaft, die auch juristische Person ist, gilt umgekehrt, daß die Glieder bei unbeschränkter Haftung schlechthin haften, nachdem das Genossenschaftsvermögen sich als insuffizient erweist.

[4]) Dahn a. a. O. S. 76.

Mit der Charakteristik der offenen Handelsgesellschaft als einer relativen juristischen Person will Gareis, wie er selbst sagt,[1]) im Großen und Ganzen nichts anderes zum Ausdruck bringen, als was die herrschende Lehre selbst anerkennt. Da nun die Verselbständigung bei der offenen Handelsgesellschaft tatsächlich sehr weit geht, so würde es sich in terminologischer Hinsicht empfehlen, wenn der Ausdruck „relative juristische Person" von der herrschenden Lehre zur kurzen und durchsichtigen Charakterisierung des tatsächlichen Rechtszustandes angenommen würde.

Hierzu ist gegenwärtig allerdings wenig Aussicht, weil viele Vertreter der herrschenden Lehre, schon um jede Verwechselung oder nur den Verdacht einer Annäherung an die Kohler-Eccius-Affoltersche Auffassung zu vermeiden, vor der Bezeichnung des Institus auch nur als „relativer" juristischer Person zurückschrecken werden.

U. E. ist der Ausdruck sachlich durchaus gerechtfertigt. Namentlich die prozeßualen Momente beweisen das deutlich, weil sich hier, wie dargelegt, auf einem Rechtsgebiet in bunter Mannigfaltigkeit eine Behandlungsweise zeigt, die das eine Mal auf Gesellschaften, das andere Mal auf juristische Personen zugeschnitten ist.

---

[1]) Gareis, Das deutsche Handelsrecht, S. 131,

Zweiter Hauptteil.

§ 9.

Die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft im allgemeinen.

Wie schon gesagt, findet sich im HGB. nur ein einziger Paragraph, der sich speziell mit der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft beschäftigt. Das Gesetz geht also davon aus, daß auf die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft die gleichen Grundsätze wie auf jede andere offene Handelsgesellschaft Anwendung finden sollen, soweit sich nicht aus der Natur der Sache Abweichungen ergeben. Demgemäß bezieht sich die vorausgegangene Darstellung zwar in erster Linie auf die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft, aber, was dort gesagt ist, gilt auch für die mehrgliedrige. Insofern läßt sich also vielfach eine scharfe Trennung nicht durchführen. Zweigliedrige und mehrgliedrige offene Handelsgesellschaft sind eben keine begrifflichen Gegensätze oder etwas Wesensverschiedenes, sondern an sich gleichartige Gebilde, die bisweilen nur in ihren Funktionen sich verschieden verhalten.

Die erwähnte einzige gesetzliche Bestimmung über die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft enthält § 142 HGB.:

„Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugnis Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen.

Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung."

Das Gesetz regelt also hinsichtlich der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft das Ausscheiden eines Gesellschafters und die damit verbundenen Folgen nur für drei Fälle:

a) wenn der eine Gesellschafter einen wichtigen Grund hat, den Anderen aus der Gesellschaft auszuschließen (§ 140 in Verbindung mit § 133 HGB.);

b) wenn ein Privatgläubiger eines Gesellschafters die Gesellschaft kündigt;

c) wenn ein Gesellschafter in Konkurs verfällt.

Nicht behandelt ist hier der Fall, daß ein Gesellschafter stirbt oder daß an seine Stelle vertraglich ein Anderer tritt.

Der Inhalt des § 142 selbst hat zu einer Reihe von Streitfragen Anlaß gegeben, auf die wir im folgenden zurückkommen werden. Insbesondere hat die Frage, wie sich die aus § 142 HGB erfolgende Geschäftsübernahme rechtlich darstellt, die verschiedenste Beantwortung gefunden. Ist zur Uebernahme durch den das Geschäft fortführenden Gesellschafter eine Uebertragung der zum Geschäft gehörenden Gegenstände (und durch wen) erforderlich oder vollzieht sich der Rechtserwerb ipso jure?

§ 10.

Das Erfordernis der Uebertragung der zum Geschäft gehörenden Gegenstände.

Die Mehrzahl der Schriftsteller und zum Teil auch die Praxis stehen auf dem Standpunkt, daß der aus einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft ausscheidende Gesell-

schafter die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände auf den das Geschäft unter Firmenfortführung mit Aktiven und Passiven übernehmenden Gesellschafter übertragen muß.[1]) Von besonderer Wichtigkeit ist diese Frage, wenn es sich um Grundstücke handelt, und diese Fälle sind es denn auch, die in der Praxis in die höheren Instanzen gelangt sind.

Bei Grundstücken spitzt sich die Frage folgemäßig dahin zu: Ist zum Uebergang eines Gesellschaftsgrundstücks auf den übernehmenden bisherigen Gesellschafter Auflassung erforderlich? Diese Frage ist bis in die neueste Zeit kontrovers geblieben. Das Kammergericht[2]) und das Bayrische Oberste Landesgericht[3]) haben die Auflassung für erforderlich erklärt. Das Reichsgericht[4]) hat den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen.

Das Kammergericht hat zur Begründung seiner Ansicht etwa folgendes ausgeführt. Mit dem Uebergang des Grundstücks von der Gesellschaft als einem von den jeweiligen Gesellschaftern verschiedenen Rechtssubjekte auf einen der beiden Mitgesellschafter vollziehe sich ein der Auflassung bedürftiger, auf freiwilliger Veräußerung beruhender Eigentumswechsel. Dabei erhalte der übernehmende Gesellschafter ein Grundstück, an welchem ihm bisher ein als Miteigentum (gewiß nicht im Sinne des § 1008 BGB.) zu bezeichnender Anteil nicht zugestanden habe. Das Herrschaftsrecht der Gesellschaft werde umgesetzt in das Eigentum einer Einzelperson. Als Eigentümerin des Gesellschaftsgutes sei die Gesamtheit anzusehen, deren Eigentumsrecht durch das Ausscheiden eines Gesellschafters gar nicht berührt werde. Die Grundstücksüber-

---

[1]) Staub, Komm. zum HGB. Anm. 3 zn § 142, S. 598; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, § 925, S. 451. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, 3. A. S. 403, 465; Brand, Komm. zum HGB. S. 403; Lehmann-Ring, Komm. zum HGB. Anm. 4 zu 3 142 S. 308; Ritter, Anm. 7 c zu § 105 S. 191.

[2]) Johow-Ring, Bd. 24 A. S. 113.

[3]) Recht 1903, S. 212; 1904 S. 475,

[4]) RGZ. Bd. 65, S. 227 ff.; Bd 68 S, 414. Dagegen hält auch das Reichsgericht Auflassung (und Formzwang für den Illaten-Vertrag) im umgekehrten Fall für notwendig, nämlich dann, wenn jemand ein Grundstück in eine Gesellschaft rechtsgeschäftlich einbringt.

führung aus dem Eigentum der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft in das Sondereigentum des das Geschäft übernehmenden Gesellschafters schließe einen Eigentumswechsel in sich. Bisheriger Eigentümer sei ein Personenkreis gewesen, aber nicht der aus den Gesellschaftern A und B gebildete, sondern die vom Bestande der jeweiligen Mitglieder unabhängige Gesamtheit. „An ihre Stelle soll eine Einzelperson treten, die Eigentum an dem Grundstücke bisher in keiner Form besaß, vielmehr lediglich als Mitglied der Gesellschaft nach Maßgabe des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages für die Dauer dieser Mitgliedschaft zu verfügen berechtigt war.“[1])

Die Entscheidung des Kammergerichts ist hauptsächlich eine Folge seiner abweichenden Auffassung (vergl. § 5 der Arbeit) von der Rechtsnatur des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft.

Zunächst ist es nur bedingt richtig und kann deshalb nicht als Prinzip aufgestellt werden, daß die Gesellschaft ein von den „jeweiligen“ Mitgliedern unabhängiges Gebilde sei. Gerade für die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft trifft das schon ohne weiteres ersichtlich nicht zu. Ferner schlägt hier der dispositive Satz des § 131 Zahl 4 HGB. ein, nach dem durch den Wegfall eines Mitgliedes, insbesondere infolge seines Todes, die Gesellschaft aufgelöst wird. Daß abweichende Parteivereinbarungen zugelassen sind, ändert am Prinzip nichts. Denn der hier zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke wird von Enneccerus richtig dahin erklärt:[2]) „der Grund dieser Vorschrift liegt in der Abhängigkeit des Gedeihens der Gesellschaft von den persönlichen Eigenschaften, insbesondere von der Vertrauenswürdigkeit der Gesellschafter.“ Dieses Prinzip steht nicht einmal in Widerspruch mit der Auffassung von der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens.

Da die offene Handelsgesellschaft nicht juristische Person, sondern Gesellschaft ist, muß es von unserem Standpunkt aus als ausgeschlossen betrachtet werden, die Ansicht des Kammergerichts anzuerkennen und als Träger des Gesell-

---

[1]) K.G. bei Johow-Ring. Bd. 24 A. Seite 114.

[2]) Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1, 2. Teil, 6./8. Aufl. § 400 Anm. 7 S. 500.

schaftsvermögens ein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt hinzustellen. Wie oben bei der Erörterung über das Gesellschaftsvermögen festgestellt, steht jedem einzelnen Gesellschafter eine unmittelbare Beteiligung an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen und dem Gesellschaftsvermögen selbst zu, mag dies auch gebunden und nur beschränkt sein. Es kann demnach in einem Falle, wie er dem Kammergericht zur Entscheidung vorlag, nicht von einer Veräußerung (im strengen Sinne) einzelner Sachen gesprochen werden. Es handelt sich vielmehr nur um die entgeltliche oder unentgeltliche — darauf kommt es hier nicht an — Aufgabe der gesellschaftlichen Rechte, die an die in ihrer Gesamtheit umfassenderen Rechte der übrig bleibenden Gesellschafter zurückfallen und in ihnen als besondere Rechte untergehen. „Es handelt sich um ein Ausscheiden aus der Gesamtheit, welche als Eigentümerin anzusehen ist, ohne daß das Eigentumsrecht dieser Gesamtheit dadurch berührt, irgend dadurch vermehrt wird.“ [1])

Dieser Begründung des Reichsgerichts ist beizutreten, da sie die Auffassung des Kammergerichts überzeugend widerlegt.

Abzulehnen ist auch die bei Turnau-Förster ausgesprochene Ansicht,[2]) der zufolge im Falle des § 142 HGB. Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke erforderlich sei, weil ein Personenwechsel vorliege und weil sich das Eigentum zur gesamten Hand in Alleineigentum umwandle, folglich von entsprechender Anwendung des § 738 BGB. — auf diese kommt es hier ausschließlich an — keine Rede sein könne.

Die Bejahung der entsprechenden Anwendbarkeit des § 738 BGB. auf den § 142 HGB. würde Verneinung des Erfordernisses der Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke bedeuten. Deshalb versuchen die Vertreter der sog. Singularsukzessionstheorie die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung des § 738 BGB. zu leugnen. So vor allem Kober[3]) und Staub-Pinner.[4]) Nach Kobers Ansicht bezieht sich

---

[1]) Entsch. des RG. in Z. Bd. 65, S. 227.
[2]) Turnau-Förster a. a. O. § 925.
[3]) Kober bei Staudinger, Anm. I, 2 zu § 738 BGB. S. 1334.
[4]) Staub-Pinner, HGB. Anm. 3 zu § 142 S. 599. Vgl. ferner auch Ritter, HGB., Anm. 7c zu § 105.

§ 738 BGB. nur auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der in Gemäßheit der §§ 736, 737 BGG. fortbestehenden Gesellschaft, nicht aber auf den Fall, daß durch Ausscheiden eines Gesellschafters dieselbe aufgelöst wird, mag auch der andere Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter Firmenfortführung übernehmen.

Pinner geht davon aus, daß der letzte Absatz des § 142 HGB. von entsprechender Anwendung der für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften spreche; also im allgemeinen auch von entsprechender Anwendung des § 738 BGB. Entsprechend sei aber nur die Anwendung der Bestimmungen, die, obgleich die Voraussetzungen des § 738 BGB. andere sind als die des § 142 HGB., begrifflich anwendbar sind; so, beispielsweise, die Vorschriften des § 738 BGB. Abs. 1, Satz 2 und 3 und des § 738 Abs. II, soweit nicht handelsrechtliche Grundsätze entgegenstehen. Die Bestimmung des § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB. könne aber deshalb nicht entsprechend angewendet werden, weil sie das Ausscheiden des Gesellschafters aus bleibender Gesellschaft voraussetze, im Falle des § 142 HGB. aber die Gesellschaft gar nicht mehr fortbestehe, sondern gerade durch das Ausscheiden eines Gesellschafters aufgelöst werde.“ Das eigenartige Anwachsungsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs ist ein Anwachsungsrecht zu bestehender Gesellschaft. Wenn nun die Vorschrift eines anderen Gesetzes bestimmt, daß die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend angewendet werden sollen, so kann hierdurch nicht das vom BGB. eingeführte Rechtsmittel über die Grenzen hinaus angewendet werden, die das bürgerliche Gesetzbuch ihm gesetzt hat.“[1])

Dieser Argumentation Pinners ist Neudegger[2]) mit m. E. überzeugender Begründung entgegengetreten. Er erblickt den entscheidenden Gesichtspunkt für die Beantwortung der Frage, ob Anwachsung stattfinden kann oder nicht, in der logischen Beziehung des § 736 BGB. zu dem § 738 BGB. Daß

[1]) Staub-Pinner a. a. O.

[2]) Neudegger, Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht, Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 34, S. 66.

§ 736 BGB. für die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft nicht gelten kann, ist zuzugeben. Daraus folgt aber nicht, daß auch § 738 BGB. für die zweigliedrige offene Handelsgesellschaft unanwendbar ist. Denn „§ 736 BGB. will nur besagen, der Gesellschafter soll ausscheiden, der kündigt, stirbt oder in Konkurs gerät. § 736 BGB. gibt also nur Auskunft darüber, was mit jenem Gesellschafter geschehen soll, in dessen Person eines der drei oben genannten Ereignisse eintritt. Darum ist § 738 BGB. auch anwendbar, wo es § 736 BGB. nicht ist, also auch für den Fall, daß durch Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Gesellschaft diese aufgelöst wird.“ [1]) Aus § 738 I 1 BGB. verbunden mit § 143 III HGB. folgert Neudegger mit Recht, daß Anwachsung eintrete und daß sich daher die Uebertragung der einzelnen, zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Vermögensstücke erübrige.

Ferner sprechen folgende Erwägungen gegen die Pinner'schen Ausführungen. Ausscheiden aus der Gesellschaft bedeutet den Verlust der gesellschaftlichen Rechte, ein Ausscheiden aus der Gesamtheit, ohne daß das Eigentumsrecht dieser Gesamtheit dadurch beeinträchtigt wird. Dies muß auch dann gelten, wenn in der Gesamtheit nur zwei Personen als Gesamthänder verbunden sind. Scheidet nun einer dieser Teilhaber aus, so verliert das Gesamteigentum seine Bedeutung als solches. In diesen Tatsachen steckt m. E. der Kern der ganzen Streitfrage. Infolge seines Ausscheidens verliert der Gesellschafter — entgeltlich oder unentgeltlich — seine ihm bisher zustehende Mitberechtigung. Der aus dieser zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft Ausscheidende bewirkt einen Wegfall der bis dahin vorhanden gewesenen gesamthänderischen Bindung und Beschränkung, wodurch der übrig bleibende Gesellschafter alleinberechtigt an den zum bisherigen Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, am Gesellschaftsvermögen, also Alleineigentümer wird.

Das dingliche Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen geht unter, weil es nur eine Folge der Gesamthandsberechtigung an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen ist.

[1]) Neudegger, a. a. O. S. 66.

Aus der Gesamthandsberechtigung der Gesellschafter wird also unbeschränkte Alleinberechtigung des Uebrigbleibenden.

Darin liegt ja gerade das Charakteristische der den Gesellschaftern am Gesellschaftsvermögen und dessen einzelnen Gegenständen zustehenden Anteile, daß sie, mit der Mitträgerschaft des ungeteilten Gesamtrechts verwoben, auf diese Art befähigt sind, ohne weiteres beim Wegfall anderer bezw. des anderen Gesellschafters sich durch Anwachsung zu erweitern.[1])

§ 11.

Die Natur des Rechtserwerbs (ipso iure).

Die vorstehenden Ausführungen leiten bereits über zur sog. Akkreszenztheorie, zu der wir im Folgenden näher Stellung nehmen müssen.

Akkreszenz ist Anwachsung. Sie ist etwas ohne menschliches Zutun Geschehendes und niemals Handlung, sondern nur Folge einer Rechtshandlung oder eines unwillkürlichen Geschehens. Sie ist eine Art der Veränderung in der Person des Trägers eines Rechtes und hat einen Rechtsübergang zum Gegenstand. Insoweit hat sie eine gemeinsame Wurzel mit der Rechtsübertragung. Zu dieser steht sie aber in grundlegendem Gegensatz dadurch, daß bei der Rechtsübertragung Handlungen erforderlich sind, deren Folge nicht nur die Uebertragung ist, (das kann in besonderen Fällen auch bei der Akkreszenz möglich werden), sondern die auch zu diesem Zwecke vorgenommen werden.

Im Wesen der Rechtsübertragung liegt, wenn man so sagen darf, etwas Aktives, ein „Zutun“ der Beteiligten. Die Anwachsung ist etwas Passives, ohne Zutun der Parteien vor sich Gehendes. Wenn auch das BGB. in einigen Fällen von Uebertragung kraft Gesetzes spricht, wie z. B. in den §§ 412, 774,

[1]) So (allerdings für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) auch Kober bei Staudinger, Anm. I 1 zu § 738 BGB.

so ist unseres Erachtens der Ausdruck „Uebertragung“ ungenau. Es handelt sich in diesen Fällen m. E. um Anwachsung kraft Gesetzes.

Eine allgemeine Behandlung der Lehre von der Anwachsung, die im Rechte mehrfach eine Rolle spielt, ist uns nicht bekannt geworden. In den Lehrbüchern wird die Akkreszenz durchweg im Erbrecht behandelt, und die Sondervorschriften, die sich mit dieser Materie beschäftigen, haben gleichfalls durchweg erbrechtlichen Charakter.[1]) Im modernen Recht verhält es sich ähnlich. Das BGB. geht mit dem Ausdruck sparsam um. Bei der gesetzlichen Erbfolge ist er nachweislich der Motive sogar planmäßig vermieden worden. In einem uns interessierenden Zusammhange wird das Wort „Anwachsung“ bezw. „Zuwachsen“ jedoch verwendet. In § 738 Satz 1 BGB. ist nämlich bestimmt:

„Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu.“

Ueber den Vorgang des Zuwachsens, seine Rechtsnatur und seine Folgen, hüllt sich das Gesetz allerdings in Schweigen. Auch in der Literatur ist die Frage nirgends ausführlich behandelt.

In § 142 HGB. ist ausgesprochen, daß der eine in den dort bestimmten Fällen berechtigt ist, „das Geschäft zu übernehmen“, und es ist gerade sehr streitig, ob hier eine Anwachung im oben geschilderten Sinne oder eine Uebertragung vorliegt. Betrachten wir zunächst die Fälle, die nicht unter § 142 fallen.

Gemäß § 105 Abs. 2 HGB. gilt für die offene Handelsgesellschaft im allgemeinen, soweit das HGB. selbst nichts anderes bestimmt, das Gesellschaftsrecht des BGB. Demzufolge kommt, wie schon erwähnt, auch § 738 BGB. auf die offene Handelsgesellschaft zur Anwendung. Daraus folgt beim Fortbestehen der offenen Handelsgesellschaft nach Ausscheiden

[1]) Nachweise dieser Literatur für das römische und gemeine Recht befinden sich in den bekannten Pandektenbüchern z. B. Windscheid-Kipp, Bd. 3 § 603, S. 465; Dernburg Pandekten, Bd. 3, § 91 Anm. 1. Auch bei Heumann-Seckel S. 11 finden wir unter adcrescere nur Erbrechtliches.

eines Gesellschafters in den Fällen der Kündigung eines Gesellschafters oder bei Konkurseröffnung über dessen Vermögen, ferner beim Ausscheiden eines Gesellschafters nach § 141 HGB. verbunden mit § 135 HGB. die direkte Anwendbarkeit des § 738 Abs. 1, Satz 1, BGB. d. h. Zuwachsen des Anteils des Ausscheidenden zu den Anteilen des die Gesellschaft fortführenden und zwar ein Zuwachsen „als unmittelbare gesetzliche Folge des Ausscheidens, ohne daß es einer besonderen Uebertragung bedürfe.“ [1])

Wie steht es nun aber mit der Anwendung des § 738 Absatz 1 Satz 1 auf den Fall des § 142 HGB.? Diese Bestimmung verlangt entsprechende Anwendung der für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften, d. h. wie oben dargelegt, entsprechende Anwendung des § 738 I 1 BGB. Denn diese Bestimmung ist tatsächlich der einzige Paragraph des Gesellschaftsrechts, auf den sich die Verweisung des § 142 Abs. 3 HGB. in dem hier einschlagenden Punkt beziehen kann. Er ist der einzige Paragraph des Gesellschaftsrechts des BGB., der eine Regel darüber aufstellt, was mit dem Anteile eines ausscheidenden Gesellschafters geschehen solle. Er ist der einzige Paragraph, der über die Auseindersetzung unter den Gesellschaftern eine Bestimmung trifft, während die sonst allenfalls noch in Betracht kommenden §§ 730—737 BGB. andere Dinge (Gewinnbeteiligung, Ausscheidungsgründe etc.) regeln.

M. E. ist also auch der Satz 1 von § 738 BGB. Abs. 1 auf die im § 142 HGB. getroffenen Bestimmungen entsprechend anzuwenden. Die auf Antrag des Gesellschafters, der das Geschäft übernehmen will, vom Gericht auszusprechende Erklärung wirkt demnach in der Weise, daß der Anteil des Ausscheidenden dem das Geschäft mit Aktiven und Passiven Uebernehmenden zuwächst.

Das so gewonnene Ergebnis trägt m. E. allein dem eigenartigen Wesen der Gesamthandsgemeinschaften Rechnung. Demgegenüber erscheint die Auffassung, daß eine Uebertragung der einzelnen Gegenstände erforderlich sei, als gekünstelt. Nähme

---

[1]) Staudinger-Kober, Anm. I 1 zu § 738 BGB. S. 1333.

man letzteres an, dann müßten, sollten zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören, die Auflassungserklärungen von der durch den abgefundenen Gesellschafter vertretenen und zu diesem Zwecke als fortbestehend gedachten Gesellschaft als Eigentümerin und dem übernehmenden Gesellschafter abgegeben werden.[1])

Zu dem gleichen Ergebnis, daß nämlich eine Uebertragung der einzelnen, zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände nicht notwendig sei, gelangt auch Marcus.[2]) Seine Begründung weicht allerdings von der hier vertretenden Anwachsungstheorie ab. Er argumentiert folgendermaßen: Nicht von Anwachsen eines Gesellschaftsanteiles, wie in § 738 BGB., sondern von Geschäftsübernahme spreche der § 142 HGB. Diese Uebernahme sei gedacht als Uebernahme einer universitas, nämlich des Geschäfts. Sie werde ermöglicht durch richterlichen Spruch als einen den Gesamtübergang vermittelnden behördlichen Akt. Wenn man in dem hier fraglichen Geschäft, dessen Uebernahme durch richterliche Autorisation ermöglicht werden solle, einen Rechtskomplex, ein durch die Indentität des wirtschaftlichen Zwecks zusammengehaltenes Sondervermögen sehen würde, dann würde die von Marcus verteidigte Ansicht seiner Auffassung nach ganz natürlich erscheinen.

Gerade der § 142 HGB. erscheint Marcus bedeutsam „als Eröffnung des Begriffes einer handelsrechtlich eigenartigen Universalrechtsnachfolge gegenüber dem bisher regelmäßig nur ins Auge gefaßten der des gemeinbürgerlichen Rechts[3])

Was den letzten Punkt anlangt, so fehlt jeder Nachweis dafür, inwiefern die spezifische Universalsuccession des Handelsrechts von der des bürgerlichen Rechts sich unterscheiden soll. Tatsächlich ist ein solcher Unterschied weder ersichtlich noch dürfte er sich überhaupt konstruieren lassen.

Sodann übersieht Marcus folgendes: Gewisse allgemeine Grundsätze, z. B. der von der Unübertragbarkeit gewisser Rechte, lassen sich auch für das Handelsrecht nicht beseitigen.

---

[1]) So in der Tat Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, S. 465 a. a. O.

[2]) Marcus, Die Rechtsnatur der Uebernahme des Geschäfts, Holdheims Zeitschr. Bd. 15, S. 333.

[3]) Marcus, a. a. O.

In dieser Hinsicht besteht nun zwischen der Anwachsung und der Universalsuccession der erhebliche Unterschied, daß nach unsrer Ansicht unübertragbare Rechte sehr wohl anwachsen können, sodaß also, wenn man Anwachsung annimmt, Probleme befriedigend gelöst werden können, an denen Marcus unrettbar scheitern würde. Es ist nicht ersichtlich, wie er unübertragbare Rechte auf den Uebernehmer überführen will.

Weiter ist von Marcus übersehen, daß Anwachsung und Gesamtrechtsnachfolge keine Gegensätze sind und sich wechselseitig nicht ausschließen. Eine Anwachsung kann Gesamtrechtsnachfolge sein.

Aber auch zugegeben, daß nach dem Wortlaut des § 142 HGB. an einen Erwerb ausschließlich im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gedacht werden könnte, so vollzieht sich, wie bereits angeführt, der Rechtserwerb im Wege der Anwachsung schon um dessentwillen, weil Marcus — der die Anwendbarkeit der Anwachsung hier ja nicht anerkennen will — sich doch nicht über die Bestimmung des § 142 Abs. III HGB. hinwegsetzen kann, und gerade diese kann nur auf § 738 BGB. hindeuten.

Aus diesen Gründen müssen wir den Gedankengang von Marcus, obgleich wir ihm im Ergebnis beipflichten, ablehnen. Denn das Ergebnis „Gesamtrechtsnachfolge“ ist, wie dargelegt, sehr wohl mit dem gleichzeitigen Vorhandensein von Akkreszenz vereinbar.

§ 12.

Anwachsung als Rechtsnachfolge.[1])

Die Anwachsung der Rechte des ausscheidenden Gesellschafters bewirkt, daß der übrigbleibende Gesellschafter Alleineigentümer der bisherigen Gesellschaftssachen, Alleinberechtigter an den bisherigen Gesellschaftsrechten wird, wobei er

[1]) Oertmann, Allg. Teil des BGB., 2. Aufl. Berlin 1908, sagt von der Rechtsnachfolge: „Der Begriff wird im geltenden Privat- und Prozeßrecht allem Anscheine nach nicht in einem bestimmten technischem Sinne gebraucht.“

seine Alleinberechtigung aus der bisherigen Gesamthandsberechtigung ableitet. Es liegt somit rechtlich eine Nachfolge des jetzigen, neuen Alleineigentümers in die Rechte des Ausscheidenden vor. Sie vollzieht sich ipso iure und hat einige Besonderheiten, die an einem Beispiel erläutert werden sollen.

Man gehe von einem dem unsrigen entgegengesetzten Fall aus, etwa dem folgenden. Der Alleineigentümer A einer Sache verabredet mit B eine Gesellschaft und nimmt die Veräußerung der dem A gehörigen Sache an diese vor. Das hat zur Folge, daß A und B fortan Gesamthandseigentümer sind. In diesem Falle werden auf Seiten des B neue Rechte an der Sache geschaffen, die bisher in dem alles umfassenden Alleineigentum des A schlummerten. Unzweifelhaft ist B auch in diesem Falle Rechtsnachfolger des A. Er leitet seine Rechte an der Sache aus dem Eigentum des A ab. Aber das Recht des B bestand vor der Veräußerung als solches nicht. Es wurde erst in der Person des B geschaffen.

Diese Rechtslage hat eine große Aehnlichkeit mit der konstitutiven Rechtsnachfolge. In gewissem Sinne stimmt sie mit ihr völlig überein, sodaß man sie u. E. hierher rechnen kann.[1]) Eine Besonderheit gegenüber den sonstigen Fällen der konstitutiven Rechtsnachfolge (Bestellung eines Nießbrauchs, eines Pfandrechts etc.) besteht darin, daß sonst immer das konstitutive Recht und das dem konstituierenden Berechtigten belastet oder beschränkt verbleibende Recht in einem Unterordnungsverhältnis zu einander stehen. Dieses ist genau übergeordnet, ein Mutterrecht zum Tochterrecht. Hier dagegen verliert das ursprüngliche umfassende Recht, das Alleineigentum, seinen Charakter vollständig und verwandelt sich in Gesamthandseigentum, womit es denselben Inhalt wie das konstituierte Gesamthandseigentum hat. Die beiden Rechte, das umfassende ursprüngliche und das konstituierte, sind hier einander gleichgeordnet, sodaß nun beispielsweise nicht nur A, sondern auch B durch Fortfall des Gegners Alleineigentümer der Sache werden kann. Dieser Unterschied der Unter-

[1]) Ueber die konstitutive Rechtsnachfolge im allgemeinen vgl. Bekker System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886, Bd. 1, § 34; v. Schwerin Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht, München 1905.

ordnung dort und der Gleichordnung hier ist nicht so schwerwiegend, daß der Rechtsvorgang deshalb nicht immer noch als konstitutive Rechtsnachfolge angesprochen werden könnte.

Fällt nun, wie bei der Anwachsung im Falle des § 142 HGB., aus irgend einem Grunde das Gesamthandseigentumsrecht des B an den A zurück, so wird A wieder Alleineigentümer. Fälle dieser Art hat Hellwig[1]) als restitutive Rechtsnachfolge bezeichnet. Von einer Restitution der Rechte kann man in einem Fall der vorliegenden Art um so eher sprechen, als die Beziehungen des Restituierten zum Gegenstand niemals ganz gelöst waren, denn auch als Gesamthänder hat er ja nicht aufgehört, Mitberechtigter zu sein.

Allerdings hat die Aufstellung der „restitutiven Rechtsnachfolge" vielfachen Widerspruch in der Literatur erfahren, und in der Praxis ist von ihrer Anerkennung überhaupt noch nicht die Rede. So heißt es bei Ennecerus[2]) hinsichtlich der Fälle, die Hellwig speziell im Auge hatte, das Aufgeben eines dinglichen Rechts begründe keine Sukzession, „denn die daraus folgende Unbeschränktheit des Eigentums beruht auf dem Wesen des Eigentums, nicht auf einem Rückerwerb des dinglichen Rechts und ist nicht davon abhängig, daß dies dem Berechtigten zustand, sondern nur davon, daß es jetzt nicht mehr besteht."

Dem ist nicht beizustimmen, es gibt vielmehr unseres Erachtens eine restitutive Rechtsnachfolge. Bei der Gesamthandsbindung z. B. beruht der Rückerwerb des Eigentums nicht bloß auf der Rechtsnatur des Eigentums, sondern ebenso sehr auf dem Wesen der gesamten Hand. Das auslösende Agens ist sogar unmittelbar in der Auflösungstatsache zu finden.

Wir glauben daher, sagen zu dürfen, daß in unsrem Beispiele bei der Gleichordnung des dem A verbleibenden und des bei B konstituierten Rechts es rechtlich ebenso zu beurteilen ist, wenn das dem A bisher noch verbliebene Recht weiter an B

---

[1]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, § 38 S. 207: Ders. Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, § 40 S. 283. Leipzig 1903.

[2]) Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1, § 130 S. 336.

fällt und dieser dadurch Alleineigentümer wird, daß man also auch diesen Vorgang als restitutive Rechtsnachfolge bezeichnen kann.

Die Anwachsung des § 142 HGB. stellt also einen Fall der restitutiven Rechtsnachfolge dar.

§ 13.

Uebertragbare und unübertragbare Rechte.

Nachdem wir das Wesen der Sukzession und der Anwachsung erörtet haben, müssen wir uns mit der Frage beschäftigen: Wächst dem Uebernehmer der zweigliedrigen Gesellschaft das Gesamtvermögen einschießlich der unübertragbaren Rechte an?

Wie liegt es zunächst, wenn die Gesellschaft mit einem Dritten vereinbart hat, daß ein Recht, das er der Gesellschaft abtritt, nicht auf andere übertragbar sein soll. Die Antwort auf diese Frage ist einfach: „Durch Rechtsgeschäft kann die Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden." Dies bestimmt § 137 Abs. 1 BGB. Damit ist die Möglichkeit der Anwachsung frei von der lästigen Fessel eines vielleicht längst vergessenen, für ganz andere Verhältnisse geschlossenen Vertrages der Gesellschaft mit einem Dritten gesprengt, „Obligatorisch aber kann natürlich der Vertrag, die Sache nicht veräußern zu wollen, wirksam sein, nämlich wenn der andere Kontrahent ein Interesse an der Nichtveräußerung hatte. Es entsteht dann eine Forderung auf Unterlassung der Veräußerung und, wenn diese doch erfolgt, auf Schadenersatz." [1])

Dies gilt sowohl für die Singular- als auch für die Universalsukzession. Bei Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses kann also auch bei den Fällen der Universalsukzession der Uebergang bezw. Anfall bestimmter Rechte kraft Parteivereinbarung ausgeschlossen bleiben.

[1]) Enneccerus, Lehrbuch Bd. 1, § 135, S. 345.

Nach unserer Ansicht bildet es für die Unveräußerlichkeit eines Rechts keinen Unterschied, ob die Veräußerung im Wege der Uebertragung oder der Anwachsung erfolgen soll. Ist es unveräußerlich, so kann es u. E. auch nicht durch Akkreszenz sein Subjekt wechseln. Natürlich können auch andere Rechte als gerade Forderungsrechte in Frage kommen z. B. Sachenrechte, gewerbliche Konzessionen etc.

Bei Forderungen ist die Abtretbarkeit gemäß § 399 BGB. ausgeschlossen, „wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Aenderung ihres Inhalts erfolgen kann."

Hier kommt insbesondere auch die Bestimmung des § 717 BGB. in Frage, durch die Ansprüche unter Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse für inzessibel erklärt werden.

Das Problem der übertragbaren gesellschaftlichen Rechte hat in neuerer Zeit die Literatur vielfach beschäftigt.[1]) Natürlich sind die Rechte des Teilhabers der offenen Handelsgesellschaft grundverschieden von den Rechten der offenen Handelsgesellschaft selbst. Doch läßt sich auch aus diesen Untersuchungen für unser Thema manches entnehmen. Ein Beispiel dafür ist der allerdings streitige Fall, daß eine zweigliedrige offene Handelsgesellschaft Gesellschafterin einer anderen (aus beliebig viel Gesellschaftern bestehenden) offenen Handelsgesellschaft ist. Treten bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft nun die Voraussetzungen des § 142 HGB. ein, so entsteht die Frage, ob der Uebernehmer auch als Einzelner an der anderen Gesellschaft in die Stellung der bisherigen zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft tritt. Nach unser Ansicht ist die Frage zu bejahen, weil § 717 BGB. nur „Ansprüche" für unübertragbar erklärt; dieser Fall liegt hier aber nicht vor.

Daß § 717 BGB. auch für die offene Handelsgesellschaft gilt, ist ziemlich allgemein anerkannt. Es entspricht der ratio legis und dem schon im römischen Recht anerkannten Prinzip: socii mei socius socius meus non est (l 20 D. h. t.; l. 47, § 1 DRl.).

[1]) Vgl. z. B. Kupfer, Die übertragbaren gesellschaftlichen Rechte des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft; Greifswalder Diss. 1915. Dort ist auch die weitere Literatur angegeben.

[2]) Vgl. z. B. Staudinger-Kober, Anm. 4 zu § 717, S. 1229; Knoke, Das Recht der Gesellschaft, Jena 1901, § 14 S. 40, Anm. 12.

Bestritten ist dagegen, ob § 717 BGB. ius cogens ist. In der Bejahung dieser Frage schließen wir uns Sohm[1]) und Oertmann[2]) an.

Unübertragbar im engeren Sinne sind die höchstpersönlichen Rechte, z. B. der Nießbrauch sowie ein Teil der sogen. Persönlichkeitsrechte.[3])

Es fragt sich nur, was mit diesen unübertragbaren Rechten einer zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft geschieht, wenn einer der Fälle des § 142 HGB. eintritt. Die Antwort auf diese Frage kann u. E. nicht zweifelhaft sein. Da der Rechtsträger mit dem Uebergang der übergangsfähigen Rechte untergeht, müssen mit ihm auch die übergangsunfähigen Rechte zu existieren aufhören. Denn ein subjektives Recht ohne Subjekt ist ein begriffliches Unding.

---

§ 14.

Zeitpunkt des Geschäftsüberganges.

Als letzte ist die Frage zu erörtern, in welchem Augenblicke im Falle des § 142 I die Anwachsung sich vollzieht: Schon im Augenblicke der Rechtskraft des Urteils oder erst infolge einer auf dasselbe folgenden Uebernahmeerklärung des Antragstellers?

Auch hier sind die Ansichten geteilt. Es entspringt diese Meinungsverschiedenheit aus der Fassung des Gesetzes: „das Gericht kann den Einen für berechtigt erklären, das Geschäft zu übernehmen.“ Man kann hiernach der Meinung sein, (entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes), daß das Urteil dem Gesellschafter nicht das Geschäft übertragen, sondern, daß er

---

[1]) Sohm, Der Gegenstand S. 71;

[2]) Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse Anm. 4 zu § 717; Dagegen: Kommentar von Reichsgerichsräten zum BGB. Anm.a4 zu § 717.

[3]) gegen deren Anerkennung sich das Reichsgericht sträubt.

durch dasselbe für berechtigt erklärt wird, das Geschäft zu übernehmen und von dieser Berechtigung durch eine auf das Urteil folgende Privatwillenserklärung gegenüber dem Ausscheidenden Gebrauch machen müsse.[1]) Durch die gerichtliche Entscheidung wird nach dieser Ansicht für den übernehmenden Gesellschafter also nur das Recht auf Uebernahme des Geschäfts festgestellt.

Dem ist nicht beizutreten; vielmehr muß § 142 Abs. I HGB. m. E. folgendermaßen ausgelegt werden.

Das dem übernahmewilligen Gesellschafter gegebene Recht ist seinem Wesen nach ein Gestaltungsrecht, das bekanntlich durch Ausübung verbraucht wird.[2]) Auch die Klageerhebung stellt einen Verbrauch dieses Rechts dar. Die Klage ist eben die Willenserklärung, die die Absicht des Klägers dem Beklagtem aufdeckt. Ist aber das Recht durch die Klage verbraucht, so kann man es natürlich nicht hinterher im Urteil oder etwa gar durch Vollziehung des Urteils ausüben Der Urteilsstenor darf daher nicht den entsprechenden Wortlaut des § 142 enthalten, sondern er muß klar erkennen lassen, daß das Recht spätestens durch die Klageerhebung ausgeübt ist. Es ist daetwa zu förmeln: Der Kläger ist hierdurch Alleininhaber des Geschäfts.[3])

Natürlich kann und in der Regel wird auch die entsprechende Erklärung des Uebernahmelustigen schon vor der Klageerhebung abgegeben sein und der Widerstand des Ausscheidenden ja erst den Anlaß zur Klage gegeben haben.

Mit der Klage auf Uebernahmeerklärung läßt sich der Antrag verbinden, den Beklagten im Handelsregister löschen zu lassen, ihm die Firmenzeichnung und die Inanspruchnahme

---

[1]) Brand, HGB.. S. 403; Makower, Komm. zum HGB., Anm. 3 zu § 142, S. 377; Ritter, Kommentar, Anm. 2 zu § 142, S. 191.

[2]) Ueber Gestaltungsrechte im allgemeinen vgl. Seckel, Gestaltungsrechte, Berlin 1903, S. 208 ff. und die neueren Lehrbücher des bürg. Rechts.

[3]) Oder aber: Der Kläger wird für berechtigt erklärt, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. (Hierbei ist zu beachten, daß dieses Urteil kein Feststellungs-, sondern ein Gestaltungsurteil ist.)

des Personals und der sonstigen geschäftlichen Einrichtungen zu verbieten etc.

Unrichtig ist es demnach auch, wenn Lehmann-Ring[1]) die Klage aus § 142 Abs. 1 HGB. mit der des § 133 HGB. gleichstellen und gar behaupten, ein nachträglich der Klage zugefügter Antrag, den Kläger zur Geschäftsübernahme für berechtigt zu erklären, sei nur eine nach § 268 ZPO. zulässige Klageerweiterung des Klageantrags und der Richter könne möglicherweise dem Antrag auf Auflösung stattgeben, den auf Uebernahme ablehnen. Dies ist nicht als richtig anzuerkennen. Denn nach dieser Auffassung wäre es zulässig, daß der Kläger nur auf Auflösung klage und daß es ihm dann freistehe, von seinem Rechte Gebrauch zu machen oder nicht. Das ist aber deswegen nicht für zulässig zu erachten, weil zur gerichtlichen Geltendmachung der Auflösung der § 133 HGB. genügt. Aus § 142 Abs. 1 HGB. kann nur der oben aufgestellte Antrag gestellt werden, die Erklärung des Klägers auf Geschäftsübernahme für berechtigt zu erklären.

Dieses Gestaltungsrecht wird, wie schon erwähnt, spätestens mit der Klageerhebung durch den Kläger ausgeübt. In der nunmehr auf den Klageantrag ergehenden Entscheidung wird die Aenderung des bestehenden Rechtsverhältnisses mit der Maßgabe ausgesprochen, sie mit der Rechtskraft der Entscheidung herbeizuführen. Es handelt sich also um ein konstitutives Urteil.[2])

Lautet aber dieses Urteil antragsgemäß, dann bedarf es nach dem Gesagten nicht noch einer Erklärung des Gesellschafters, daß er nunmehr von seinem Recht zur Geschäftsübernahme Gebrauch mache; eine solche Erklärung wäre widerspruchsvoll, denn, was ich bereits habe, kann ich nicht mehr übernehmen.

Stellt man sich aber auf den Standpunkt, daß die Rechtskraft des Urteils diese Folgen nicht nach sich ziehe, daß vielmehr noch eine Erklärung des Gesellschafters, er wolle von

[1]) Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB. Anm. 3 zu § 142, S. 377.

[2]) Hellwig, Rechtskraft, S. 207; Ders., Anspruch und Klagrecht, § 58; Ders; Lehrbuch, Bd. 1, S. 237; Ders. System S. 488.

seinem im Urteil festgestellten Rechte an einem bestimmten Zeitpunkt Gebrauch machen, nötig sei, so wäre der ausscheidende Gesellschafter zu sehr der Willkür des Berechtigten preisgegeben. Denn dieser könnte dann einmal von seinem Uebernahmerecht Gebrauch machen oder er könnte die Gesellschaft mit dem Anderen fortführen, und ihn dann schließlich doch noch, wenn dieser ihm lästig fiele, unter irgend einem Vorwand auf Grund des Urteils zum Ausscheiden zwingen. Ein derartiges unsicheres Ergebnis kann vom Gesetz aber nicht gewollt sein.

Die Verhältnisse liegen in diesem Punkte zudem bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft nicht anders wie bei dem analogen Fall der mehrgliedrigen. Wenn bei dieser der Privatgläubiger eines Gesellschafters gemäß § 141 HGB. die Gesellschaft kündigt, so können die übrigen Gesellschafter beschließen und dem Privatgläubiger erklären, daß unter ihnen die Gesellschaft fortbestehen solle. Dasselbe gilt, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters Konkurs eröffnet wird. Während aber im ersten Fall der verschuldete Gesellschafter erst zum Ende des Geschäftsjahres ausscheidet, gilt er im Konkursfalle mit dem Zeitpunkt der Eröffnung als ausgeschieden.

Aus dieser Rechtslage hat man hergeleitet,[1]) daß im ersten Falle die übrigen Gesellschafter den entsprechenden Beschluß durchaus nicht gleich zu fassen brauchen, sondern sich damit Zeit bis zum Jahresschluß lassen können. Dieser Auffassung muß aber widersprochen werden. Sie führt zu den schon angeführten durchaus unangemessenen Ergebnissen Dem Gläubiger kann es natürlich gleichgültig sein. Aber der Schuldner hat in seiner Eigenschaft als Gesellschafter ein erhebliches Interesse daran, daß man ihn nicht monatelang ungebührlicherweise im Dunkeln tappen läßt.

Für den Konkursfall liegen die Dinge ja schon nach dem klaren Wortlaut des § 141 HGB. anders. Der Gemeinschuldner gilt, wenn die anderen Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen wollen, schon mit der Eröffnung des Konkurses als ausgeschieden. Zwar hat man sogar für diesen

[1]) Staub, HGB., Bd. 1, Anm. 1 zu § 141, S. 590.

Fall bestritten, daß die Erklärung sofort abzugeben sei,[1]) doch hat diese Ansicht keine weitere Verbreitung gefunden. Mit Recht setzt ihr Staub entgegen,[2]) daß zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt sei, wann die Erklärung abzugeben ist, daß aber unverzügliche Erklärung zu verlangen sei: „Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften. Es ist an sich eine Begriffswidrigkeit, eine Abweichung von der juristischen Folgerichtigkeit, daß eine aufgelöste Gesellschaft so fortgesetzt werden kann, als wäre sie nie aufgelöst worden. Läßt der Gesetzgeber aus Gründen praktischer Erwägung eine derartige logische Unmöglichkeit zu, so wird er dies nur solange zulassen als es unbedingt zur Erreichung des praktischen Zwecks erforderlich erscheint. Die anderen Gesellschafter haben daher das gegebene Recht nur, wenn sie, so schnell es nach den Umständen möglich ist, ihre Erklärung abgeben."

Aus allen diesen Gründen entscheiden wir uns hinsichtlich des Zeitpunktes der Anwachsung im Falle des § 142 HGB. dafür, daß mit der Rechtskraft des konstitutiven Urteils die Anwachsung eintritt.

§ 15.

Anwendbarkeit des § 142 HGB. bei vereinbarter Geschäftübernahme.

In § 142 HGB. sind nur 3 Fälle der Uebernahmeberechtigung erwähnt.

Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob diese Geschäftsübernahme nur bei Vorhandensein einer der drei genannten Voraussetzungen des § 142 HGB. zulässig ist oder ob die Beteiligten auch ohne Gericht eine derartige Vereinbarung treffen können, etwa des Inhalts: Der eine Gesellschafter

[1]) Makower, a. a. O. Anm. II, zu § 141; Ritter, 1 c, Anm. 2 zu § 141.
[2]) Staub, a. a. O. Anm. 4 zu § 141, S. 590.

scheidet unter Verzicht auf die Liquidation zum Schlusse des Geschäftsjahres aus; als Entgelt dafür erhält er eine bestimmte Abfindungssumme.

Ob auf derartige Fälle von Parteivereinbarungen § 142 HGB. angewendet werden kann, ist wieder bestritten.[1]) Die Fassung des § 142 ist zweideutig. Der Ausdruck: „Das Gericht kann den Einen für berechtigt erklären," läßt die Deutung zu, daß das Gericht entscheiden muß, auch wenn die Parteien vollkommen einig sind. Da nach Lage der Sache nur das Prozeßgericht in Frage kommen könnte, muß dieses Ergebnis als widersinnig bezeichnet werden: denn es widerspricht unserer Rechtsauffassung, daß zwei über eine bestimmte Frage einige Menschen sich erst verklagen sollen, um eine Geschäftsübernahme herbeizuführen. An einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber kann nicht gedacht werden, schon weil der Fall im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht vorgesehen ist.

Trotzdem hat man behauptet, daß es unzulässig sei, die Sondervorschrift des § 142 HGB. ausdehnend auszulegen;[2]) bei gegenteiliger Annahme würde man zu der gewiß nicht statthaften Uebertragung der Vorschrift des § 738 BGB. auf einen Tatbestand gelangen, für den sie nicht erlassen sei.

Nach der Ansicht des Bayr. Obersten Landesgerichts kann aus § 142 HGB. nicht gefolgert werden, daß Anwachsung auch dann eintrete, wenn die Gesellschaft in anderer Weise, als in § 142 HGB. vorgesehen ist, aufgelöst wird. Einer Vereinbarung der Gesellschafter, inhalts deren der Eine von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, habe das Gesetz die für die anderen Fälle des § 142 HGB. geltende Wirkung nicht beigelegt, infolgedessen könne durch sie der

---

[1]) Verneint wird die Zulässigkeit der Anwendung bei Staub-Pinner, Anm. 9 zu § 145; Markower, a. a. O. S. 377; Brand, HGB. S. 403; ferner von folgenden Gerichten: Kammergericht bei Johow, Bd. 24 A, S. 113; OLG. Hamburg, Johow Bd. 22 A, S. 24; Bayr. Oberstes Landgericht, Seuff. Arch. Bd. 60, S. 97.

[2]) Einen Satz, daß Sondervorschriften einer extensiven Auslegung nicht fähig seien, gibt es aber nicht.

Uebergang des nicht übertragbaren Anteils des einen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen auf den anderen Gesellschafter nicht bewirkt werden.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung sprechen sich für die analoge Anwendung auf Fälle der oben geschilderten Art nach anfänglichem Schwanken mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts aus.[1]) Zur Bejahung der analogen Anwendung des § 142 HGB. gelangt das Reichsgericht in den zitierten Entscheidungen auf einem Umwege über die §§ 740, 738 BGB., § 142 Abs. 2 HGB. Die Vorschrift des § 142 HGB. habe ihren sachlichen Grund nicht darin, daß ein Gerichtsurteil vorhergehe, oder daß ein Privatgläubiger des anderen Gesellschafters kündige oder daß dieser in Konkurs gerate, sondern in dem allen diesen Fällen gemeinsamen Umstande, daß ohne Liquidation eine Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven stattfinde.

Die gegen diese richtige Auffassung vorgebrachten Gründe Pinners[2]) sind m. E. nicht stichhaltig. Er vermißt jede Begründung dafür, „daß das, was in § 142 HGB. gesetzlich bestimmt ist, entsprechend auf den ganz anders liegenden Fall, daß eine freiwillige Veräußerung stattfindet, auszudehnen ist.“ Seiner Ansicht nach kann der Umstand allein, daß in beiden Fällen das gesamte Geschäft mit Aktiven und Passiven auf einen Gesellschafter übergeht, nicht dahin führen, daß die Billigung einer Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuchs, nämlich des § 738 BGB., Anwendung findet auf einen der Voraussetzung nach ganz anders gearteten Fall. „Hätte der Gesetzgeber,“ darin gipfelt Pinners gegen die richtige Ansicht vorgebrachte Polemik, „dasselbe bestimmen wollen, wie im § 142 HGB.. so hätte er im Falle des § 145 HGB. ebenfalls bestimmen müssen, daß § 738 BGB. sinngemäß anzuwenden sei. Indem er dies nicht getan hat, hat er damit ausgedrückt, daß die an sich als Ausnahmebestimmung zu betrachtende Anwachsung nicht eintreten soll.“

---

[1]) RGZ. Bd. 65, S. 227 ff.; Bd. 68, S. 414 ff.: auch Deitigsmann und Schnell schließen sich der Ansicht des Reichsgerichts an.

[2]) Staub-Pinner, HGB. Anm. 9 zu § 142, S. 687.

In Konsequenz seiner Ausführungen erblickt Pinner in dem Uebergange des Vermögens auf den übrigbleibenden Gesellschafter für den Fall einer derartigen Parteivereinbarung weder eine Fortsetzung der Gesellschaft[1]) noch einen Uebergang kraft Gesetzes, noch eine Gesamtrechtsnachfolge, sondern lediglich ein Veräußerungsgeschäft, dessen Rechtsfolgen sich nach den hierfür gegebenen Bestimmungen richten.

Dem muß zunächst entgegengehalten werden, daß nicht recht einleuchtend ist, in wiefern ein Ausscheiden kraft Parteivereinbarung „ganz anders" liegen soll wie der Tatbestand des § 142 HGB. Zweitens will das Gesetz im § 142 HGB. den einzigen Mitgesellschafter gegenüber dem Ausscheidenden ebenso stellen wie die mehreren Mitgesellschafter; es will den das Geschäft übernehmenden gegen den anderen Gesellschafter schützen. Wenn nun vereinbart wird, daß der eine Gesellschafter unter Verzicht auf die Liquidation ausscheiden, wenn ferner vereinbart wird, daß der andere Gesellschafter das Geschäft unter Firmenfortführung mit Aktiven und Passiven übernehmen soll, so ist nicht ersichtlich, inwiefern dem übernehmenden Gesellschafter daraus wirtschaftliche Schäden irgend welcher Art erwachsen sollen.

Ein derartiger Vertrag würde dem Wesen des § 142 HGB. und seiner vom Gesetzgeber beabsichtigten Wirkung keinesfalls widersprechen.

Auch der Einwand, daß Sondervorschriften nicht analog ausgedehnt werden dürfen, schlägt hier nicht durch, weil ein solcher Satz nicht besteht. Die Uebernahme des Geschäfts ohne Richterspruch ist nach unsrer Ansicht kein Fall einer analogen Ausdehnung singulärer Vorschriften. Sie fällt garnicht aus dem Rahmen des § 142 HGB. heraus. Offenbar beruht dessen Fassung auf unglücklicher Redaktion. Denn die gesetzgebenden Faktoren können einerseits nicht geglaubt haben, daß eine außergerichtliche Einigung niemals vorkomme, andererseits kann man nicht annehmen, daß sie die Verständigung ohne gerichtliches Urteil überhaupt nicht regeln wollten. Indem wir deshalb die jetzige Fassung des 142 HGB. auf

---

[1]) Vgl. die Kammergerichtsentscheidung in Johow, Bd. 25 A, S. 155.

mangelhafte Redaktion zurückführen, kommen wir zu dem Ergebnis, daß in unsrer Bestimmung stillschweigend zu ergänzen ist, daß die Erklärung des Gerichts nur dann notwendig wird, wenn sich die Parteien nicht vor Anrufung des Gerichts auf der gleichen Basis geeinigt haben, die im Klageantrag zum Ausdruck kommt.

Es ist demnach m. E. die Bestimmung des § 142 HGB. entsprechend anwendbar auf die Fälle, in denen unter den Gesellschaftern eine Vereinbarung oben genannter Art getroffen wird.

Diese Vereinbarung ist, da sie eine Anwachsung zur Folge hat, den Vorschriften des § 313 BGB. nicht unterworfen, auch wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören.

Literatur-Verzeichnis.

1. **Affolter,** Die offene Handelsgesellschaft, Arch. für bürgerliches Recht, Bd. 5
2. **Behrend**, Lehrbuch des Handelsrechts 1880/96.
3. **Bornhak,** Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Jahrgang 1911.
4. **Becker,** System des heutigen Pandektenrechts 1886.
5. **Brand,** Das HGB. 1911.
6. **Cosak,** Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage 1910.
7. **Dahn,** Handelsrechtliche Vorträge, 1885.
8. **Deitigsmann,** Eigentumsübergang von Gesamthandsgrundstücken ohne Auflassung, 1910.
9. **Dernburg,** Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl. 1892.
10. **Düringer-Hachenburg,** u. A. HGB. 1910 bezw. 1913.
11. **Eccius**, Die offene Handelsgesellschaft als Prozeßpartei. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 32.
12. **Ehrenberg,** Art. Handelsgesellschaften im Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Herausgegeben von Conrad u. A. 1910.
13. **Endemann**, Studien in der Romanisch Kanonischen Wirtschaftslehre und Rechtslehre 1874—83.
14. **Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. Berlin 1903.
15. **Enneccerus, Kipp** und **Wolff,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd 1 9./11. Aufl. 1914, Sachenrecht, 6. Aufl. 1913.
16. **Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.**
17. **Förster-Kann**, Kommentar z. ZPO. Berlin 1910, 2. Aufl, ff.
18. **Förster,** Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Berlin 1873.
19. **Fuisting-Strutz,** Die direkten Steuern in Preußen, Bd. 1, 1914.
20. **Gareis,** Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1885.
21. **Goldschmidt**, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891.
22. **Goldschmidt,** System des Handelsrechts, 4. Aufl, 1892.
23. **Gierke,** Deutsches Privatrecht, 1895/1905.
24. **Gierke,** Genossenschaftstheorie, 1887,
25. **Gierke,** Deutsches Genossenschaftsrecht, 1868 ff.
26. **Grosse,** Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft, 1906.
27. **Hein,** Handbuch der Zwangsvollstreckung, 1914.
28. **Hellwig,** Anspruch und Klagerecht, 2. Aufl. 1910.

29. **Hellwig**, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, 1912.
30. **Heumann-Seckel,** Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. 1907.
31. **Hoernes,** Natur- und Urgeschichte des Menschen, 1909.
32. **Hoffmann,** u. A. Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1913.
33. **Jaeger,** Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeße, 1915.
34. **Johow-Ring**, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts, Reihe A.
35. **Joerges,** Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht in Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 49, S. 172 ff.
36. **Knoke,** Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerl. Gesetzbuch 1901.
37. **Kohler,** Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 74.
38. **Kohler,** Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person Arch. f. b. R. Bd. 40, S. 229.
39. **Kohler,** Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1909.
40. **Kupfer,** Die übertragbaren gesellschaftlichen Rechte des Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft; Greifswalder Diss. 1915.
41. **Laband,** Zeitschrift f. Handelsrecht. Bd. 34.
42. **Lastig,** Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts, Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. 24.
43. **K. Lehmann,** Das Recht der Aktiengesellschaften, 1904.
44. **Lehmann**, „Entgegnung" Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 74.
45. **Lehmann,** Lehrbuch des Handelsrechts 1911, 2. Aufl.
46. **Lehmann-Ring,** Kommentar zum HGB. 1901, 1902.
47. **Lyon-Caen et Renault,** Traité de droit commercial 4. Aufl. Bd. 2, 1909.
48. **Makower,** Kommentar zum HGB. 13. Aufl. 1906.
49. **Marcus**, Die Rechtsnatur der Uebernahme des Geschäfts, Holdheims Zeitschrift, Bd. 15.
50. **Motive** zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtl. Ausgabe.
51. **Nagler,** Die gesamte Hand. Sächs. Arch. Bd. 10, S. 695 ff.
52 **Neudegger,** Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht, Arch. für bürgerliches Recht. Bd. 34. S. 41 fg.
53. **Neukamp,** Handkommentar zur ZPO, 2. Aufl. 1911.
54. **Oberneck,** Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. 2 Bde. 1909.
55. **Oertmann,** Allgemeiner Teil des BGB. 2. Aufl. 1908; Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1910.
56. **Pernice,** Marcus Antistius Labeo 1873.
57. **Plank,** Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1, 1887.
58. **Porzig**, Ueber das Rechtsverhältnis der in eine Erwerbsgesellschaft gemachten Einlage nach römischem Recht, Göttinger Diss. 1890.
59. **Ritter,** Das HGB. 1911.
60. **Rehme** in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. 1, 1913.
61, **Rösler,** Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht. Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 4.
62. **Schmidt,** Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Bd. 2, 2. Aufl. 1906, bezw. 1910

63. **Schnell,** Die Quotenfrage bei der offenen Handelsgesellschaft, 1913.
64. **Schwerin,** Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge im geltenden Zivilrecht 1905.
65. **Seckel,** Gestaltungsrechte, 1903.
66. **Seuffert,** Kommentar zur ZPO. 11. Aufl. 1910 ff.
67. **Silberschmidt,** Beteiligung und Teilhaberschaft. Ein Beitrag zum Rechte der Gesellschaft. 1915.
68. **Sohm.** Institutionen, 14. Aufl. 1911.
69. **Staub,** Kommentar zum HGB., 9. Aufl. 1912.
70. **Staudinger,** Komm. zum bürgerl. Gesetzbuch, 5./6. Aufl. 1910 ff.
71. **Stein-Gaupp,** Komm. zur ZPO. Bd. 1, 1913.
72. **Stobbe-Lehmann,** Deutsches Privatrecht, Bd. 1—4, 3. Aufl. 1895/1901.
73. **Thöl,** Handelsrecht, Bd. 1, 1882.
74. **Trumpler,** Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen, 1906.
75. **Turnau-Förster,** Liegenschaftsrecht, 2 Bde. 1906.
76. **Wach,** Handbuch des Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1885.
77. **Weber,** Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter, 1889.
78. **Windscheid,** Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., herausgegeben von Kipp, 1906.
79. **M. Wolff,** Berliner Festausgabe für Gierke, 1910.
80. **Wölz,** Das Gesellschaftsvermögen nach bürgerlichem Rechte bei der offenen Handelsgesellschaft, 1908.
81. **Zachariä-Crome,** Handbuch des französichen Zivilrechts, 8. Aufl. Bd. 1 1894/96.